

Die Prozessüberweisung im zürcherischen
Zivilprozessrecht, unter Berücksichtigung
der Regelungen anderer Kantone
und des Auslands

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

JÜRG DUBS

von Zürich und Aesch ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Walder

1981

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Prozessüberweisung im zürcherischen
Zivilprozessrecht, unter Berücksichtigung
der Regelungen anderer Kantone
und des Auslands

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

JÜRGEN DUBS

von Zürich und Aesch ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:
Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 57 der Reihe

Zürcher Studien zum Verfahrensrecht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich von R. Hauser, H. Nef und H.U. Walder

Meiner Frau
und meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	XI
§ 1 Vorwort	1
1. Teil:	
EINFUEHRUNG IN DAS INSTITUT DER PROZESSUEBERWEISUNG	3
§ 2 Begriff, Wesen und allgemeine Bedeutung	3
§ 3 Die gesetzliche Regelung der Ueberweisung nach altem und neuem Prozessrecht	6
I. Nach altem Prozessrecht	6
II. Nach neuem Prozessrecht	8
III. Einige Bemerkungen zur Neueinführung von § 112 ZPO im besonderen	15
IV. Exkurs: Ueberweisungsvorschriften ausserhalb der Zivilrechtspflege	18
§ 4 Die Prozessüberweisung im Verhältnis zu andern Rechtsinstituten, welche die Verbesserung des Fehlers einer Klageeinleitung bei einem unzuständigen Gericht ermöglichen	21
2. Teil:	
DIE INNERKANTONALE PROZESSUEBERWEISUNG	27
§ 5 Die Voraussetzungen der Ueberweisung	27
I. Die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts	27
A) Grundsätzliches zur Prüfung der Zuständigkeit	27
B) Die örtliche Unzuständigkeit	30
C) Die sachliche Unzuständigkeit	34
II. Der Ueberweisungsantrag gemäss § 112 ZPO	37
A) Wesen und grundsätzliche Bedeutung	37

B)	Die genaue Bezeichnung des zuständigen Gerichts	41
C)	Keine offensichtliche Unzuständigkeit des bezeichneten Gerichts	43
§ 6	Der Ueberweisungsentscheid	45
I.	Die Art des Entscheides und seine Anfechtbarkeit	45
II.	Die Rück- und Weiterüberweisung	50
III.	Die Ueberweisung eines Teils des Prozesses	52
§ 7	Die Wirkungen der Ueberweisung	55
I.	Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit und Verfahrenseinheit	55
II.	Prozesskostenregelung durch das überweisende Gericht	59
§ 8	Der Anwendungsbereich von § 112 ZPO im besonderen	65

3. Teil:

DIE INTERKANTONALE PROZESSUEBERWEISUNG 69

§ 9	Aktive Ueberweisung an ein Gericht eines andern Kantons	69
I.	Problematic und Lösungsvorschläge im allgemeinen	69
II.	Die rechtliche Situation hinsichtlich der Ueberweisung in einzelnen Kantonen	77
A)	Kantone mit inner- und interkantonalen Ueberweisung	77
B)	Kantone mit lediglich innerkantonalen Ueberweisung	78
C)	Kantone mit dem der Ueberweisung nahestehenden Institut der (innerkantonalen) Rückbeziehung der Rechtshängigkeit einer beim zuständigen Gericht neu angebrachten Klage auf das Datum ihrer ersten (fehlerhaften) Einreichung beim unzuständigen Gericht	81
D)	Kantone ohne prozessuale Rechtsbehelfe zur Ueberwindung der nachteiligen Folgen einer Klageeinleitung bei einem unzuständigen Gericht	84
§ 10	Passive Ueberweisung von einem Gericht eines andern Kantons	87

4. Teil:

SPEZIELLE UEBERWEISUNGSARTEN 89

§ 11	Uebersicht	89
§ 12	Ueberweisungen von beim Einzelrichter im summarischen Verfahren einzureichenden Begehren an das ordentliche Gericht zufolge Illiquidität (§ 221 ZPO)	90
I.	Die gesetzliche Begrenzung dieser Begehren und damit zusammenhängende Probleme	90
II.	Die Voraussetzung der Illiquidität	93
III.	Abwicklung und Wirkung der Ueberweisung und daraus sich ergebende prozessuale Probleme	94
§ 13	Ueberweisungen von vorprozessual beim Einzelrichter im summarischen Verfahren gestellten Begehren um den Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Hauptgericht nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses	99
I.	Einleitung	99
II.	Die Voraussetzungen der Unzuständigerklärung im einzelrichterlichen Verfahren als Basis für die Ueberweisung	100
A)	Grundsätzliche Erläuterungen	100
B)	Die Situation nach altem Prozessrecht	102
C)	Die Situation nach neuem Prozessrecht	103
D)	Der Einfluss bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auf die Unzuständigerklärung im einzelrichterlichen Massnahmenverfahren nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses	108
1.	Bundesrechtliche Zuständigkeitsvorschriften zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes	108
2.	Der Sonderfall der Kollision eheschutzrichterlicher Zuständigkeit zum Erlass von Massnahmen gemäss Art. 169ff. ZGB mit der Zuständigkeit des ordentlichen Richters zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 145 ZGB nach Einreichung der Scheidungs- oder Trennungsklage	111

III.	Die Wirkungen solcher Ueberweisungen	114
§ 14	Anhang: Die Weiterleitung von irrtümlich einer unrichtigen zürcherischen Behörde zugestellten Eingaben an die zuständige Stelle (§ 194 GVG)	117
I.	Alte und neue gesetzliche Regelung, ihre gesetzgeberischen Motive und Abgrenzungsfragen	117
II.	Voraussetzungen der Weiterleitung	119
III.	Wirkung und Anwendungsbereich von § 194 GVG	123
5. Teil:		
DIE PROZESSUEBERWEISUNG IN DEUTSCHLAND, OESTERREICH UND FRANKREICH		127
§ 15	Bundesrepublik Deutschland	127
I.	Gesetzestexte	127
A)	Prozessverweisung innerhalb der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit	127
B)	Rechtswegverweisung zwischen allen Gerichtsbarkeitszweigen	128
II.	Voraussetzungen der Prozessverweisung	130
A)	Oertliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts	130
B)	Antrag auf Verweisung	132
C)	Bestimbarkeit des zuständigen Gerichts	133
III.	Wirkungen der Prozessverweisung	134
A)	Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses	134
B)	Bindungswirkung für das Zweitgericht	135
C)	Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit	136
D)	Kostenregelung	137
IV.	Würdigung	138
§ 16	Oesterreich	138
I.	Gesetzestext	138

II.	Voraussetzungen der Prozessüberweisung	140
A)	Oertliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts	140
B)	Antrag auf Ueberweisung	141
C)	Keine offenbare Unzuständigkeit des vom Kläger bezeichneten Gerichts	142
III.	Wirkungen der Prozessüberweisung	142
A)	Unanfechtbarkeit des Ueberweisungsbeschlusses	142
B)	Beschränkte Bindungswirkung für das Zweitgericht	143
C)	Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit (Streit-anhängigkeit)	144
D)	Kostenregelung	144
IV.	Würdigung	145
§ 17	Frankreich	146
I.	Gesetzestext	146
II.	Voraussetzungen der Prozessüberweisung (renvoi)	147
A)	Positiver oder negativer Zuständigkeitsentscheid des erstinstanzlichen Gerichts und dessen Anfechtung	147
B)	Aufhebung der Zuständigerklärung, bzw. Bestätigung der Unzuständigerklärung des erstinstanzlichen Gerichts und Bestimmung des zuständigen Gerichts durch den Appellationshof	148
III.	Wirkungen der Prozessüberweisung	150
A)	Anfechtbarkeit des Entscheides des Appellationshofes	150
B)	Bindende Wirkung dieses Entscheides	151
C)	Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit	151
D)	Kostenregelung	152
IV.	Würdigung	153
§ 18	Anhang: Die gesetzliche Regelung der Prozessüberweisung in Griechenland	153
§ 19	Schlussbemerkungen	155

ABKUERZUNGSVERZEICHNIS

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a. E.	am Ende
al.	alinéa
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art. (art.)	Artikel (article)
Aufl.	Auflage
Bd., Bde.	Band, Bände
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BZPO	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947
bzw.	beziehungsweise
ca.	contra
CO	Code des obligations (siehe OR)
CPC	Code de procédure civile
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DGVG	Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in der Fassung vom 12. September 1950 und unter Berücksichtigung der seit dem 1. Juli 1977 in Kraft getretenen Vereinfachungsnovelle
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation (thèse)
DZPO	Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877, in der Fassung vom 12. September 1950 und unter Berücksichtigung der seit dem 1. Juli 1977 in Kraft getretenen Vereinfachungsnovelle
EG zum StGB	Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 6. Juli 1941
Erw.	Erwägung (-en)

etc.	et cetera
f. /ff.	und folgende
aGVG	altes Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911
(n)GVG	(neues) Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (in Kraft seit 1. Januar 1977)
insbes.	insbesondere
KG	Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962
Komm.	Kommentar
lit.	litera (-e), Buchstabe (-n)
m. E.	meines Erachtens
N	Note (-n)
Nr.	Nummer (-n)
OeZBl	Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis
OeZPO	Oesterreichische Zivilprozessordnung vom 1. August 1895 (mit zwischenzeitlichen Aenderungen)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
OS	Offizielle Sammlung der Gesetze, Beschlüsse und Verordnungen des eidgenössischen Standes Zürich
p.	page (-s)
PatG	Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954
RB	Rechenschaftsbericht des Obergerichtes und des Kassationsgerichtes
S.	Seite (-n)
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889/28. September 1949
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937/5. Oktober 1950/18. März 1971
StPO	Strafprozessordnung des Kantons Zürich: Gesetz betreffend den Strafprozess vom 4. Mai 1919

URG	Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30. September 1943
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
VK	Verwaltungsgerichtliche Klage
VRG	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
z. B.	zum Beispiel
ZbJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer (-n)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung
aZPO	alte Zivilprozessordnung des Kantons Zürich: Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913
(n)ZPO	(neue) Zivilprozessordnung des Kantons Zürich: Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (in Kraft seit 1. Januar 1977)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR NF	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozess

LITERATURVERZEICHNIS

Literatur wird mit dem Familiennamen des Verfassers zitiert. Bei mehreren Werken des gleichen Autors oder bei einem Werk mehrerer Autoren ist die Zitierweise beigefügt.

- BAUMBACH - LAUTERBACH - ALBERS - HARTMANN: Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung, 33. Aufl., München 1975 (zit.: Baumbach - Lauterbach).
- BERGMANN Hanns: Die Verweisung nach geltendem Prozessrecht, Diss. Borna - Leipzig 1913.
- BIRCHMEIER Wilhelm: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950.
- BLUM Rudolf E., und PEDRAZZINI Mario M.: Das Schweizerische Patentrecht, Kommentar zum Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente, 3 Bde., 2. Aufl., Bern 1975 (zit.: Blum/Pedrazzini).
- BOELSTERLI Urs: Oeffentliches Interesse im Zivilprozess, Diss. Zürich 1976.
- BONNARD Claude: De la classification des exceptions et des exceptions de procédure en droit vaudois, Diss. Lausanne 1948.
- BUELOW Oskar: Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen, Giessen 1868.
- von BUEREN Bruno: Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich 1957.
- ETTER Karl: Der erstinstanzliche prozessuale Vorfragenentscheid im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1926.
- FASCHING Hans W.: Kommentar zu den österreichischen Zivilprozessgesetzen, III. Bd., Wien 1966.
- FRANK Richard: Zur Ueberweisung von Eheschutzbegehren in das ordentliche Verfahren, in SJZ 66 (1970) S. 81 ff..
- GRUNSKY Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl., Bielefeld 1974.
- GULDENER Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958 (zit.: Guldener, ZPR). Die 3. (hier nicht mehr berücksichtigte) Aufl. erschien in Zürich 1979.
- GULDENER Max: Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951 (zit.: Guldener, IZPR).
- GULDENER Max: Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach zürcherischem Recht, Zürich 1942 (zit.: Guldener, NB).

- GULDENER Max: Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, in ZSR NF 80 (1961), 2. Halbbd., S. 1 ff. (zit.: Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht).
- HABSCHEID Walther J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl., München 1977.
- HAEMMERLI Jörg: Die Abänderung und Anfechtung von prozessleitenden Erlassen, Diss. Zürich 1955.
- HAUSER Willy, und HAUSER Robert: Erläuterungen zum Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich vom 29. Januar 1911, 3. Aufl., Zürich 1978 (zit.: Hauser/Hauser).
- HEBERLEIN Jürg E.: Zivilprozessuale Gerichtsstandsbestimmungen, sachliche und funktionelle Zuständigkeit für Klagen auf Grund der Bundesgesetze über den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht, Diss. Zürich 1970.
- HELG Robert: Die Rechtshängigkeit und ihre Wirkungen im thurgauischen Zivilprozess, Diss. Bern 1960.
- HEUSLER Andreas: Der Zivilprozess der Schweiz, Leipzig 1923 (zit.: Heusler).
- HEUSLER Andreas: Prozessvoraussetzungen und Prozesseinreden im schweizerischen Zivilprozessrecht, in ZSR NF 41 (1922) S. 280 ff. (Fragment) (zit.: Heusler, Fragment).
- HOLTGRAVE Walter: Zur Reform des deutschen Zivilprozessrechts, in ZZP 86 (1973) S. 8 ff..
- ILG Roland: Heilung fehlerhafter Klageeinleitung durch Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, durch Prozessüberweisung sowie insbesondere durch Restitution auf dem Wege der analogen Anwendung von Art. 139 OR, Diss. Zürich 1968.
- KAELIN Franz: Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse im schwyzerischen Zivilprozessrecht, Diss. Freiburg 1949.
- KUMMER Max: Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 2. Aufl., Bern 1974.
- LEUCH Georg: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. Aufl., Bern 1956.
- LUTZ Oskar: Das Zivilrechtspflegegesetz für den Kanton St. Gallen, Kommentar, 2. Aufl., St. Gallen 1967.
- MATTMANN Fritz: Die Anspruchs- und Klagerechtsverwirkung aus prozessualen Gründen in den schweizerischen Zivilprozessgesetzen, Diss. Freiburg 1963.
- MENZEL Rudolf: Der Verzicht auf Rechtsmittel im Zivilprozess, Diss. Zürich 1951.

- von METTENHEIM Christoph: Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozess, Schriften zum Prozessrecht, Bd. 14, Berlin 1970.
- MICHLMAYR Eduard, und STOHANZL Rudolf: Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung, kommentierte Ausgabe, 13. Aufl., Wien 1973 (zit.: Michlmayr/Stohanzl).
- PETSCHEK Georg, und STAGEL Friedrich: Der österreichische Zivilprozess, Wien 1963 (zit.: Petschek/Stagel).
- POPPER Sigismund: Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcherischem Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1920.
- RATHGEB Charles E.: L'action en justice et l'interruption de la prescription, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950, S. 235ff..
- RIEZLER Erwin: Fragen des internationalen Zivilprozessrechts, in Süddeutsche Juristenzeitung 1947, S. 234ff..
- ROSENBERG Leo, und SCHWAB Karl Heinz: Zivilprozessrecht, 12. Aufl., München 1977 (zit.: Rosenberg-Schwab). Die 13. (hier nicht mehr berücksichtigte) Aufl. erschien in München 1981.
- SAURE Heinrich: Die Rechtswegverweisung, Bielefeld 1971.
- von SEUFFERT Lothar: Die Verweisung des Rechtsstreites an das zuständige Gericht, in ZJP 40 (1927) S. 169ff..
- SOLUS Henry, et PERROT Roger: Droit judiciaire privé, tome II (La Compétence), Paris 1973 (zit.: Solus/Perrot).
- SCHALCH Hans: Die Prozessverweisung im deutschen und im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1953.
- SCHOENKE Adolf, und KUCHINKE Kurt: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Aufl., Karlsruhe 1969 (zit.: Schöнке/Kuchinke).
- STEIN - JONAS - POHLE: Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung, 19. Aufl., Tübingen 1972 (zit.: Stein-Jonas).
- STEINER E.: "Ist gegen die Versäumnis von Fristen des SchKG die Wiederherstellung zulässig?", in SJZ 46 (1950) S. 284.
- STRAEULI Hans, und HAUSER Willy: Kommentar zum Gesetz betreffend den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) des Kantons Zürich vom 13. April 1913, 2. Aufl., Zürich 1939 (zit.: Sträuli/Hauser).
- STRAEULI Hans, und MESSMER Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung (Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976), Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget, Zürich 1976 (zit.: Sträuli/Messmer).
- STRAEULI Thomas: Fehlerhafte Prozesshandlungen der Parteien und ihre Heilung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1966.
- TAPPOLET Werner: Die formelle richterliche Prozessleitung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1941.

- THOMAS Heinz, und PUTZO Hans: Kommentar zur deutschen Zivilprozessordnung, 9. Aufl., München 1977 (zit.: Thomas - Putzo).
- TROLLER Alois: Immaterialgüterrecht, 2 Bde., 2. Aufl., Basel/Stuttgart 1968 und 1971.
- VAUTIER Clémy: Le "délai supplémentaire" de l'art. 139 CO et les délais de péremption, in SJZ 47 (1951) S. 271ff..
- VOELKI Regula: Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz, Diss. Zürich 1934.
- WALDER Hans Ulrich: Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung nach zürcherischem Recht, Zürich 1966 (zit.: Walder, PE).
- WALDER-BOHNER Hans Ulrich: Der neue Zürcher Zivilprozess, ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 1979 (zit.: Walder, Handbuch).
- WEBER Eugen: Der Rekurs "wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften" im zürcherischen Zivilprozess (§ 334 Ziff. 3 a.E. ZPO), Diss. Zürich 1956.
- WEISSMANN Josef: Das Forum Prorogatum, Diss. Zürich 1935.

Weitere Literaturangaben im Text

§1 VORWORT

Die vorliegende Arbeit über das Institut der Prozessüberweisung im zürcherischen Zivilprozessrecht ist in fünf Teile gegliedert. Der erste umfasst im Sinne einer Einführung einige grundsätzliche Betrachtungen zu diesem Institut, das auf einfachste Art und Weise die Ueberleitung eines Prozesses von einem unzuständigen an das zuständige Gericht ermöglicht und das nun – im Unterschied zum alten – nach neuem Recht¹ allgemein bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit eines Gerichts zur Verfügung steht (§ 112 ZPO). Es sollen Begriff und Wesen des Institutes erläutert, die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen des alten und vor allem des neuen Rechts vorgestellt und kurz kommentiert sowie das Verhältnis der Prozessüberweisung zu andern, ihr verwandten Rechtsinstituten dargestellt werden. Im zweiten Teil wird die Durchführung der Prozessüberweisung innerhalb des zürcherischen Rechtspflegegebietes genauer untersucht. Anschliessend sollen im dritten Teil die Probleme bei der Anwendung des Institutes im interkantonalen Bereich beleuchtet werden, d. h., bei den Fällen, in welchen sich entweder das zuständige oder das unzuständige Gericht in einem andern Kanton befindet (aktive oder passive interkantonale Ueberweisung). Einige spezielle Ueberweisungsarten kommen im vierten Teil zur Sprache; es sind dies diejenigen Ueberweisungen, die hinsichtlich der Gründe für die Unzuständigkeitserklärung, auf der sie basieren, Besonderheiten aufweisen sowie ferner die keine Ueberweisung im technischen Sinne darstellende Weiterleitung von irrtümlich einer falschen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde zugestellten Eingaben (§ 194 GVG). Schliesslich bezweckt der fünfte und letzte Teil dieser Arbeit, dem Leser einen Einblick in die Ausgestaltung des Institutes der Prozessüberweisung in drei andern Ländern (Deutschland, Oesterreich und Frankreich) zu vermitteln und ihm damit eine vergleichende Betrachtung zu ermöglichen.

1 Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (Zivilprozessordnung, ZPO), in Kraft seit 1. Januar 1977.

1. Teil

EINFUEHRUNG IN DAS INSTITUT DER PROZESS- UEBERWEISUNG

§ 2 BEGRIFF, WESEN UND ALLGEMEINE BEDEUTUNG

Die Ueberweisung ist die auf Antrag des Klägers oder von Amtes wegen erfolgende Ueberleitung eines beliebigen Zivilprozesses, der bei einem von Anfang an örtlich oder sachlich unzuständigen Gericht eingeleitet oder zu dessen Durchführung das Gericht nachträglich in bestimmten Fällen unzuständig wird, an das vom Kläger als zuständig bezeichnete (und nicht offensichtlich unzuständige) oder an das vom unzuständigen Gericht selbst für zuständig befundene Gericht. Dabei bleibt die beim unzuständigen Gericht eingetretene Rechtshängigkeit der Klage bestehen², das bereits durchgeführte Verfahren muss nicht wiederholt werden. Diese Definition ergibt sich im wesentlichen aus den für die Ueberweisung massgebenden Bestimmungen des zürcherischen Prozessrechts (§§ 112, 60 Abs. 1, 22 Abs. 3 ZPO, ferner § 221 ZPO). Die Ueberweisung ermöglicht die Heilung des Fehlers einer Klageeinleitung bei einem unzuständigen Gericht auf einfachste Art und erlaubt eine einheitliche Betrachtungsweise des Verfahrens vor dem (unzuständigen) Erst- und dem (zuständigen) Zweitgericht.

Nicht allein diese prozessökonomische Wirkung charakterisiert indessen das Institut der Prozessüberweisung; ihr kommt dank der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der Klage auch eine wichtige Bedeutung bei der Durchsetzung des materiellen Rechts zu. Nach altem Prozessrecht musste die beim unzuständigen Gericht angehobene Klage grundsätzlich von der

2 Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung – hier der Zuständigkeit – verhindert den Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage beim unzuständigen Gericht nicht (Guldener, ZPR, S. 241).

Hand gewiesen werden³; deren Rechtshängigkeit war mit Eintritt der Rechtskraft dieses Erledigungsentscheides beendet. Das führte in all jenen Fällen zu einem Rechtsverlust, wo der Kläger die Klage innert einer bestimmten Verwirkungsfrist zu erheben hatte und diese bis zur Neueinreichung der Klage mittlerweile abgelaufen war. Würde er sie neu korrekt beim zuständigen Gericht einleiten, so müsste sie dieses zufolge Fristablaufs abweisen (Prozesserledigung mit Anspruchsprüfung) oder dürfte allenfalls nicht darauf eintreten (Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung)⁴. Aus einer Klage beim falschen Gericht ist eine solche zur falschen Zeit geworden⁵, die dem Kläger nichts mehr nützt. Diese sich auf Grund der Anwendung von Zuständigkeitsnormen ergebende peinliche Folge wird dank der fortbestehenden Rechtshängigkeit der Klage mit der Ueberweisung vermieden, die Klagefrist gilt durch die Anrufung des unzuständigen Gerichts als gewahrt⁶ und der Kläger geht seines Anspruches nicht verlustig. Das Institut der Prozessüberweisung spielt somit eine wichtige Rolle bei der möglichst einfachen Verwirklichung des materiellen Rechts durch das Verfahrensrecht. Jede moderne Prozessordnung sollte es im Grunde genommen vorsehen, ist es doch besonders gut dazu geeignet, den Kläger, der sich rechtzeitig – wenn auch auf fehlerhafte Weise – um die Durchsetzung seines Anspruchs bemüht hat, vor dessen Verwirkung infolge Fristablaufs zu schützen. Zuständigkeitsprobleme sind oft selbst für den Fachmann schwierig zu lösen; der unerfahrene Kläger kann sich aber auch in relativ einfachen Fällen irren. Dass diesfalls keine Anspruchsverwirkung eintritt, entspricht letztlich dem Gebot der Billigkeit als Ausdruck der Gerechtigkeit im Einzelfall⁷. Angesichts der immer grösser werdenden Mobilität der Bevölkerung und damit verbunden der Ausweitung der Rechtsbeziehungen ist es wünsch-

3 §§ 25 Abs. 2 und 132 aZPO; Sträuli/Messmer, N 1 zu § 112 nZPO.

4 Zur hier nicht näher zu behandelnden Frage, ob eine Prozesserledigung mit oder ohne Anspruchsprüfung vorzunehmen wäre, vgl. Walder, PE, S. 113 f..

5 Ilg, S. 14.

6 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 112 ZPO.

7 So Ilg, S. 17.

bar, dass die Prozessüberweisung auch interkantonal anerkannt und bald in möglichst vielen kantonalen Prozessordnungen vorgesehen wird. Eine einheitliche bundesrechtliche Regelung wird wohl weiterhin auf sich warten lassen⁸.

Die Ueberweisungsnormen zielen ihrem Wesen nach daraufhin ab, dass den Kläger durch die Forderung des Gesetzgebers nach Einhaltung der geltenden Zuständigkeitsordnung keine unnötigen Rechtsnachteile treffen. Sie lassen sich in dieser Hinsicht mit andern, dem gleichen Zwecke dienenden Normen vergleichen, in denen der Gesetzgeber aber zugunsten des Klägers von dieser Forderung abweicht. So darf der Kläger den Beklagten für mehrere eng zusammenhängende Ansprüche bei einem einzigen Gericht einklagen, sofern dieses wenigstens für die Beurteilung eines der Ansprüche örtlich zuständig ist (§ 13 Abs. 1 ZPO). Damit stellt der Gesetzgeber sein Interesse an der Einhaltung der Zuständigkeitsordnung hinter dasjenige des Klägers an einer erleichterten Rechtsverfolgung, wäre dieser sonst doch insofern benachteiligt, als das angerufene Gericht infolge örtlicher Unzuständigkeit einen oder mehrere Ansprüche nicht behandeln dürfte und diese unter Umständen je an verschiedenen Orten eingeklagt werden müssten. Das gleiche gilt hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache zur Behandlung von mit dieser in engem Zusammenhang stehenden Nebenbegehren (§ 25 ZPO). Ebenfalls in diesem Sinne ist die Vorschrift über den Gerichtsstand der amtlichen Anweisung zu verstehen, nach welcher der Kläger mehrere Personen als Streitgenossen bei dem von der oberen Instanz bezeichne-

8 Vgl. dazu die in dieser Hinsicht wenig erfolgversprechenden Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins zum Thema der Vereinheitlichung des kantonalen Prozessrechts aus dem Jahre 1961, abgedruckt in ZSR NF 80, 2. Halbband, S. 408ff. und ZSR NF 81, 2. Halbband, S. 536ff.. Es kam eindeutig zum Ausdruck, dass man generell am föderalistischen System mit der Vielfalt verschiedener kantonalen Prozessrechte festhalten wollte. Ferner ist hier noch auf den von Bundesrichter Schwartz ausgearbeiteten Entwurf für ein Bundesgesetz betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht hinzuweisen (insbes. auf Art. 22), abgedruckt in der Berichterstattung des Vorstandes des Schweiz. Juristenvereins "Zur Vereinheitlichung des Zivilprozessrechts" aus dem Jahre 1969 (ZSR NF 88, 2. Halbband, S. 243ff.).

ten Gericht einklagen kann, obwohl für sie nicht das gleiche Gericht örtlich zuständig wäre (§ 14 ZPO)⁹. Hier sind ferner auch die Bestimmungen über die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten zu erwähnen¹⁰, welche ein an sich unzuständiges Gericht zuständig werden lassen. Im Unterschied zu den Ueberweisungsnormen bewirken sie jedoch die Heilung des Mangels der fehlenden Zuständigkeit durch dessen Unbeachtlichwerden und nicht durch dessen Verbesserung¹¹.

§ 3 DIE GESETZLICHE REGELUNG DER UEBERWEISUNG NACH ALTEM UND NEUEM PROZESSRECHT

I. Nach altem Prozessrecht

Die beiden früheren zürcherischen Rechtspflegegesetze (Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13. April 1913 (aZPO) und dasjenige betreffend die Gerichtsverfassung vom 29. Januar 1911 (aGVG)) enthielten je eine die Prozessüberweisung betreffende Bestimmung. Diese lauteten wie folgt:

§ 133 Abs. 2 aZPO: "Wird im Verfahren vor dem Einzelrichter eine Widerklage gestellt, deren Streitwert mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet die Zuständigkeit des Gerichtes übersteigt, so sind die Akten von Amtes wegen dem zuständigen Bezirksgericht zur weiteren Behandlung zu übermitteln."

§ 82 aGVG: "Mit Zustimmung beider Parteien können Streitigkeiten, welche nach §§ 78-81 an das Handelsgericht gehören, auch an das Bezirksgericht gebracht werden. Es sind daher Handelssachen, welche bei letzterem

9 Vgl. ferner § 65 GVG (Amtliche Anweisung durch das Obergericht in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit des Handels- oder eines Bezirksgerichts).

10 § 12 Abs. 1 ZPO (Gerichtsstand der vorbehaltlosen Einlassung), ferner § 13 Abs. 2 letzter Satz GVG (Begründung der sachlichen Zuständigkeit eines ordentlichen Gerichts (anstelle des Arbeitsgerichts) durch die Einlassung des Beklagten).

11 Sträuli, S. 44 f. .

anhängig gemacht werden, nur dann an das Handelsgericht zu weisen, wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhebt."

Diese beiden Bestimmungen nahmen nur Bezug auf die sachliche Zuständigkeit und waren als Ausnahme zum Grundsatz zu verstehen, dass das unzuständige Gericht die Klage von der Hand zu weisen hatte, diese also nicht überweisen konnte. § 133 Abs. 2 aZPO wurde insofern extensiv ausgelegt, als entgegen dem Wortlaut auch die Ueberweisung vom Einzelrichter oder vom Bezirksgericht an das Handelsgericht möglich war, sofern der Streitwert der an sich dem Handelsgericht unterstellten Hauptklage zusammen mit demjenigen der Widerklage die für die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts erforderliche Höhe erreichten¹². § 82 aGVG, welcher nur zwischen Bezirks- und Handelsgericht spielte, wurde lange Zeit nicht als echte Ueberweisungsnorm verstanden, da er nicht als dazu geeignet betrachtet wurde, die beim Bezirksgericht eingetretene Rechtshängigkeit der Klage beim Handelsgericht fortzusetzen, wodurch eine Klagefrist mit der Einreichung der Klage beim Bezirksgericht gewahrt worden wäre¹³. Deshalb musste dieses eine fristgebundene Klage von der Hand weisen, wenn die Unzuständigkeitseinrede erhoben wurde, da es sich dann praktisch immer erst nach Ablauf dieser Frist für unzuständig erklären konnte. Das Handelsgericht akzeptierte solche Ueberweisungen nicht, es hielt die Klage von seiner Sicht aus für verspätet eingereicht¹⁴. Klagen, die an keine Verwirkungsfrist gebunden waren, durften aber inkonsequenterweise gemäss § 82 aGVG direkt dem Handelsge-

12 Schalch, S. 75 f.; Walder, PE, S. 50 und 56 Anm. 149.

13 BGE 75 III 77; ZR 48 Nr. 110 S. 189, 48 Nr. 111 und 112. Vgl. aber die schwankende frühere Praxis, ZR 19 Nr. 48, 22 Nr. 99, 27 Nr. 95, 28 Nr. 171, 48 Nr. 110 S. 187 Spalte 1. Zu § 82 aGVG einlässlich Walder, PE, S. 43 ff..

14 ZR 48 Nr. 110 S. 189; ferner ZR 48 Nr. 111 und 112, 53 Nr. 27. Zur Erledigung beim Bezirksgericht ZR 48 Nr. 74 (berechtigte Kritik zu diesem Entscheid bei Walder, PE, S. 44 f., wegen seiner falschen Abstützung auf § 214 aGVG und nicht auf die eigentlich massgebende Bestimmung von § 82 aGVG).

richt überwiesen werden¹⁵. Erst in neuerer Zeit wich man von dieser schwer verständlichen Praxis ab¹⁶ und liess die Ueberweisung auch bei fristgebundenen Klagen zu. Nach neuem Recht kommt nun in solchen Fällen § 112 ZPO zur Anwendung, der in Abs. 3 klar festhält, dass die Rechtshängigkeit der überwiesenen Klage nicht unterbrochen wird. Im übrigen unterschieden sich die Ueberweisungen gemäss § 133 Abs. 2 aZPO und gemäss § 82 aGVG insofern voneinander, als im ersteren Fall die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts anfänglich gegeben war, aber nachträglich infolge der Erhebung der Widerklage wegfiel, wogegen im andern Fall das Bezirksgericht von Anbeginn an unzuständig war und nur durch die Einlassung des Beklagten zuständig geworden wäre. Für weitere Nachforschungen über diese nun nicht mehr geltenden Bestimmungen sei auf die Arbeit von Schalch¹⁷ verwiesen.

II. Nach neuem Prozessrecht

§ 60 Abs. 1 Satz 2 nZPO tritt nun an die Stelle von § 133 Abs. 2 aZPO. Die neue Bestimmung lautet wie folgt:

§ 60 Abs. 1 ZPO: "Widerklage ist zulässig, wenn das Gericht auch für den Gegenanspruch zuständig und für diesen die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist. Verändert eine Widerklage wegen des Streitwerts die sachliche Zuständigkeit, so wird der Prozess von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen."

Der Streitwert einer zulässigen Widerklage wird mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht

15 ZR 52 Nr. 141; Walder, PE, S. 47. Vgl. zur früheren Praxis auch Hauser/Hauser, N 4 zu § 82 aGVG.

16 ZR 68 Nr. 93. In diesem Entscheid wurde ausdrücklich auf die als richtig anerkannte Kritik von Walder, PE, S. 46f., zur bisherigen unnatürlichen Auslegung von § 82 aGVG Bezug genommen.

17 S. 72 ff.

gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO). Deshalb kann die Entscheidungsbefugnis des vom Hauptkläger angerufenen Gerichts nach Erhebung einer Widerklage überstiegen werden; es wird ein anderes Gericht zur Beurteilung des gesamten Streites sachlich zuständig. Gegenüber § 133 Abs. 2 aZPO, welcher sich nur auf das Verhältnis Einzelrichter/Bezirksgericht bezog, ist diese Einschränkung in § 60 Abs. 1 Satz 2 nZPO fallengelassen worden; damit wird die bisherige Gerichtspraxis, welche sich in extensiver Auslegung von § 133 Abs. 2 aZPO entgegen dem Wortlaut nicht an diese Einschränkung hielt, gesetzlich sanktioniert¹⁸. § 60 Abs. 1 Satz 2 nZPO kommt auch zur Anwendung, wenn der Streitwert der Widerklage allein, falls er nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet werden darf, die Entscheidungsbefugnis des angerufenen Gerichts übersteigt¹⁹. Wie bisher erfolgt die Ueberweisung von Amtes wegen an das vom unzuständigen selbst zu bestimmende zuständige Gericht. Es wird nun nicht mehr bloss von einer "Uebermittlung der Akten zur weiteren Behandlung" gesprochen, sondern präziser von der "Ueberweisung des Prozesses zur Weiterführung". Damit wird klargestellt, dass die Rechtshängigkeit von Haupt- und Widerklage bestehen bleibt und das bereits durchgeführte Verfahren nicht zu wiederholen ist²⁰.

Neu wurde die Prozessüberweisung von Amtes wegen gemäss § 22 Abs. 3 ZPO bei Klagen eingeführt, die nicht auf Geldzahlung gehen. In solchen Fällen haben die Parteien den Wert des Streitgegenstandes zu schätzen oder das Gericht bestimmt ihn bei Uneinigkeit der Parteien nach freiem Ermessen (§ 22 Abs. 1 und 2 ZPO). Gemeint sind Klagen, deren Rechtsgrund letztlich doch vermögensrechtlicher Natur ist, weshalb ein Streitwert wenigstens geschätzt werden kann²¹. Da die sachliche Zuständigkeit eines Gerichts vom Streitwert abhängig ist, kann sie nachträglich entfal-

18 Sträuli/Messmer, N 15 Satz 2 zu § 60 ZPO.

19 Sträuli/Messmer, N 15 Satz 1 zu § 60 ZPO; zum Ausschluss der Zusammenrechnung vgl. N 3 und 5 zu § 19 ZPO.

20 Sträuli/Messmer, N 16 zu § 60 ZPO.

21 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 22 ZPO (mit Beispielen solcher Klagen).

len und es wird ein anderes Gericht zuständig (wobei sich die Frage nach einer Ueberweisung stellt), wenn sich im Verlauf des Verfahrens zeigt, dass der Streitwert falsch geschätzt wurde. Die neue Bestimmung lautet wie folgt:

§ 22 Abs. 3 ZPO: "Wurde ein zu hoher Streitwert angenommen und ergibt sich deshalb noch vor Abschluss des Hauptverfahrens die Unzuständigkeit des Gerichts, wird der Prozess von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen."

Nach altem Recht (§ 25 Abs. 2 aZPO) musste das Gericht die Klage von der Hand weisen, wenn es zu Beginn des Verfahrens entdeckte, dass der Streitwert zu hoch geschätzt worden war und nach dessen Korrektur seine sachliche Zuständigkeit wegfiel²². Es erfolgte keine Ueberweisung. Machte es diese Entdeckung erst später, so hatte es die Klage an Hand zu behalten, die Parteien indessen mit Ordnungsbusse zu belegen, wenn der Streitwert wider besseres Wissen zu hoch angegeben worden war. Nun wird die Prozessüberweisung gestützt auf § 22 Abs. 3 ZPO bis zum Abschluss des Hauptverfahrens vorgenommen²³. Hinsichtlich einer allfälligen Ordnungsbusse gilt jetzt allgemein § 50 Abs. 3 ZPO. Zeigt sich der Irrtum erst während des Beweisverfahrens, bleibt das angerufene Gericht zuständig; dies ist bei einer effektiv zu niederen Streitwertangabe, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Feststellung, immer der Fall²⁴. In § 22 Abs. 3 ZPO ist bezüglich der Ueberweisung im Sinne der Einheitlichkeit die selbe Formulierung wie in § 60 Abs. 1 ZPO gewählt worden ("... wird der Prozess von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen."); die Rechtshängigkeit der Klage wird somit aufrechterhalten und das bereits durchgeführte Verfahren ist nicht zu wiederholen²⁵. Es handelt sich um eine Bestimmung, die recht sel-

22 Vgl. zu § 25 Abs. 2 aZPO Walder, PE, S. 57.

23 Der Hinweis auf § 112 ZPO bei Sträuli/Messmer, N 4 zu § 22 ZPO, ist überflüssig, da diese Ueberweisung in § 22 Abs. 3 ZPO erschöpfend geregelt ist.

24 Sträuli/Messmer, N 4 (am Ende) zu § 22 ZPO.

25 Sträuli/Messmer, N 4 (Mitte) zu § 22 ZPO.

ten zur Anwendung kommt. Denkbar wäre, dass das Bezirksgericht anstelle des Handelsgerichtes oder des Obergerichtes zuständig wird (letzteres ist trotz Vorliegens einer schriftlichen Vereinbarung der Parteien gemäss § 43 Abs. 3 GVG nicht zuständig, wenn der erforderliche Streitwert nicht erreicht wird)²⁶ oder dass der Prozess vom Bezirksgericht an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren überwiesen werden muss.

Nebst den beiden vorerwähnten Ueberweisungsnormen, die nur die speziellen Fälle von nachträglich eintretender sachlicher Unzuständigkeit eines Gerichts infolge Streitwertveränderung betreffen und bei denen dieses die Ueberweisung von Amtes wegen vorzunehmen und das zuständige Gericht selbst zu bezeichnen hat, wurde neu allgemein die Prozessüberweisung bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit auf Antrag des Klägers eingeführt, wobei dieser das zuständige Gericht selbst bezeichnen muss. Diese neue Bestimmung (§ 112 ZPO) bildet das Kernstück unter den Ueberweisungsnormen und lautet wie folgt:

§ 112 ZPO: "Erklärt sich das angerufene Gericht als unzuständig, so wird der Prozess auf Antrag des Klägers dem von ihm als zuständig bezeichneten Gericht überwiesen, wenn dieses nicht offensichtlich unzuständig ist.

Ueberweist ein ausserkantonales Gericht einen Prozess dem zuständigen zürcherischen Gericht, so entscheidet dieses, inwiefern das Verfahren zu wiederholen ist.

Ueberweisungen dieser Art unterbrechen die Rechtshängigkeit nicht."

Dass sich § 112 Abs. 1 ZPO sowohl auf die örtliche als auch auf die sachliche Unzuständigkeit eines Gerichts bezieht, ergibt sich aus seiner systematischen Stellung²⁷. Die Bestimmung findet sich innerhalb der allgemeinen Vorschriften über das Hauptverfahren (im II. Teil, 2. Abschnitt, lit. A der Zivilprozessordnung) im Anschluss an die Vorschriften über die Prüfung der Prozessvoraussetzungen (§§ 108 und 111 ZPO), insbesondere direkt nach derjenigen Norm, welche das Vorgehen des Beklagten

26 Vgl. Walder, PE, S. 57.

27 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 112 ZPO.

regelt, wenn dieser die Einrede erheben will, das Gericht sei örtlich oder sachlich unzuständig. Ob die Unzuständigkeit lediglich ein Prozesshindernis darstellt, das nur auf rechtzeitige Einrede des Beklagten hin berücksichtigt werden muss, oder ob sie im Sinne des Fehlens einer Prozessvoraussetzung vom Gericht von Amtes wegen wahrzunehmen ist²⁸, spielt für die Anwendbarkeit von § 112 ZPO keine Rolle. Der Ueberweisungsentscheid tritt an die Stelle des sonst bei Unzuständigkeit notwendigen Nichteintretensentscheides (bzw. des Vonderhandweisungs-Entscheides gemäss der Terminologie des alten Gesetzes) und erspart dem Kläger eine neue Klageeinreichung beim zuständigen Gericht. Die Kommentatoren Sträuli/Messmer (N 5 zu § 112 ZPO) sehen trotz der Ueberweisung des Prozesses gemäss § 112 ZPO einen formellen Nichteintretensentscheid des Gerichts mitsamt Kostenfolgen vor. Dies stellt m.E. nicht nur eine unnötige Komplikation des Verfahrens dar, sondern ist auch (wie die Antragsstellung des Klägers erst nach dem Nichteintretensentscheid) aus prozessrechtlichen Ueberlegungen unzulässig. Darauf wird an gegebener Stelle zurückzukommen sein²⁹.

§ 112 ZPO kommt grundsätzlich nicht zum Zuge, wenn eine Klage bei einem funktionell unzuständigen Gericht oder ein an sich richtiges Rechtsmittel bei der falschen Behörde eingereicht wird³⁰. Abhilfe bietet dem Kläger in solchen Fällen wie nach bisheriger Praxis § 194 GVG, wenn es sich bloss um die irrtümliche Zustellung einer Eingabe handelt. Allein unter dieser Voraussetzung erfolgt deren Weiterleitung von Amtes wegen an die zuständige Behörde; es liegt hier nicht eine Prozessüberweisung im technischen Sinne vor, da der Kläger die falsche Behörde gar nicht anrufen wollte. Es geht nur um eine administrative Weiterlei-

28 Zur Behandlung der Zuständigkeitsfrage im Prozess vgl. eingehend Walder, PE, S. 32 ff.. Zum umstrittenen und kaum je eindeutig zu lösenden Problem der einredeweisen Geltendmachung von Prozessvoraussetzungen vgl. ferner Guldener, ZPR, S. 182 f.; Heusler, S. 85 f.; grundsätzlich und umfassend Bülow, S. 10 ff..

29 Vgl. hinten 2. Teil, § 5 II. lit. A und § 6 I.

30 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 112 ZPO.

tung solcher Eingaben an die richtige Behörde, mit welcher jene als bei letzterer rechtzeitig eingetroffen gelten, sofern sie innert Frist bei der falschen Behörde eingingen oder für diese der schweizerischen Post übergeben wurden (§ 193 GVG). § 194 GVG ermöglicht nicht die Ueberweisung eines Prozesses unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der Klage³¹.

Die Prozessüberweisung gemäss § 112 ZPO wird nur auf speziellen Antrag des Klägers an das von diesem selbst zu bezeichnende zuständige Gericht durchgeführt, und zudem nur unter der Voraussetzung, dass das überweisende das bezeichnete Gericht nicht als offensichtlich unzuständig erachtet (Abs. 1). Dem Antrag muss auch stattgegeben werden, wenn die Ueberweisung des Prozesses an das Gericht eines andern Kantons verlangt wird³². Ob in solchen Fällen die Rechtshängigkeit der Klage aufrechterhalten und eine Wiederholung des Verfahrens vermieden werden kann, beurteilt sich ausschliesslich nach dem Prozessrecht des andern Kantons³³. Eine bundesrechtliche Klagefrist wäre durch die Einleitung der Klage bei einem Gericht im Kanton Zürich nur dann gewahrt, wenn sich das ausserkantonale Gericht gestützt auf sein eigenes Prozessrecht für berechtigt hält, die zürcherische Ueberweisung zu bejahen, es mit andern Worten diesbezüglich für zulässig hält, fremdes (zürcherisches) Prozessrecht anzuwenden³⁴. Zudem muss das ausserkantonale Gericht

31 Hauser/Hauser, Anm. 1 (am Ende) zu § 214 aGVG.

32 Sträuli/Messmer, N 7 zu § 112 ZPO.

33 Sträuli/Messmer, N 7 zu § 112 ZPO.

34 Dadurch wäre – enthält das Prozessrecht des andern Kantons nicht selbst eine gleiche oder ähnliche Vorschrift – gemäss § 112 Abs. 3 ZPO die Rechtshängigkeit nicht unterbrochen worden, das ausserkantonale Gericht hätte von demjenigen Zeitpunkt auszugehen, in dem die Klage nach zürcherischem Recht rechtshängig wurde. Vgl. dazu BGE 75 III 76, 81 III 153, 82 III 40 (Praxis zur Arrestforderungsklage, welch letztere als zur Arrestprosequierung geeignet erklärt wurde, wenn sie innert Frist beim unzuständigen Richter angehoben und unter Fortdauer der Rechtshängigkeit an den zuständigen Richter überwiesen wird).

Die Anwendung fremden Prozessrechtes bei der interkantonalen Ueberweisung darf aber keinesfalls aus der Pflicht der Kantone zur Leistung gegenseitiger Rechtshilfe in Zivilsachen gemäss Art. 61 BV hergeleitet werden (die unter Umständen eine Anwendung fremden

selbst zuständig sein; verneint es seine Zuständigkeit, ist eine Weiterüberweisung des Prozesses ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit der Klage lediglich möglich, wenn sein Prozessrecht dies vorsieht³⁵. An sich ist es sehr zu begrüßen, dass der zürcherische Gesetzgeber die interkantonale Prozessüberweisung zulässt. Aber angesichts der unsicheren Rechtslage in praktisch allen andern Kantonen (bis jetzt kennt nur der Kanton Schwyz eine gleiche Vorschrift, § 101 ZPO/Schwyz) sollte das unzuständige zürcherische Gericht zumindest den unerfahrenen Kläger unbedingt auf das mit einer solchen Ueberweisung verbundene Risiko aufmerksam machen. Allenfalls steht diesem auch die Nachfrist von Art. 139 OR zur neuen (fehlerfreien) Klageeinleitung in den Formen des anderen Prozessrechts zur Verfügung. Innerkantonale indessen befreit § 112 ZPO den Kläger von der Notwendigkeit, bei Zweifeln über die Zuständigkeit seine Klage gleichzeitig bei zwei (oder mehreren) in Frage kommenden Gerichten anhängig zu machen³⁶.

Eine weitere Ueberweisungsvorschrift besonderer Art stellt § 221 ZPO dar. Er lautet wie folgt:

§ 221 ZPO: "Können die tatsächlichen Verhältnisse nicht genügend abgeklärt werden, überweist der Richter das Begehren dem ordentlichen Gericht."

Diese Vorschrift bezieht sich nur auf bestimmte, im summarischen Verfahren durch den Einzelrichter zu behandelnde Begehren; ergibt sich zufolge der in diesem Verfahren beschränkten Beweismittel (§ 209 ZPO) die Illiquidität der tatsächlichen Verhältnisse, so müssen letztere im

Prozessrechtes von Amtes wegen bedingt). Hinsichtlich der Anerkennung einer interkantonalen Prozessüberweisung sind die Gerichte anderer Kantone im Rahmen ihres Prozessrechtes völlig frei. Deshalb geht der Hinweis bei Sträuli/Messmer, N 7 Abs. 1 (am Ende) zu § 112 ZPO, auf BGE 87 I 69 Erw. 4a fehl, nach welchem Entscheid das ausserkantonale Gericht bei der Prüfung der Fristwahrung zürcherisches Prozessrecht anzuwenden habe; der Entscheid bezieht sich nur auf die Rechtshilfeleistung der Kantone gemäss Art. 61 BV.

35 Sträuli/Messmer, N 7 Abs. 2 zu § 112 ZPO.

36 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 112 ZPO.

umfassenden Beweisverfahren durch das ordentliche Gericht abgeklärt werden. Diese Ueberweisung lässt wie die bisher erwähnten Ueberweisungsarten die Rechtshängigkeit des Begehrens bestehen; im Unterschied zu diesen Arten liegt ihr aber nicht eine wegen Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften ergangene Unzuständigerklärung des Einzelrichters zugrunde, sondern sie ist die blosser Folge seiner Ermessensentscheidung bezüglich der Illiquidität der tatsächlichen Verhältnisse. Dieser Entscheidung lässt den Einzelrichter noch im Beweisstadium des summarischen Verfahrens sachlich unzuständig werden. Die vor der Ueberweisung vorgenommenen Prozesshandlungen des Richters und der Parteien bleiben aber weiterhin gültig, es wird lediglich das summarische Verfahren unter Zulassung aller Beweismittel beim ordentlichen Gericht fortgesetzt³⁷.

III. Einige Bemerkungen zur Neueinführung von § 112 ZPO im besonderen

Aus Rücksicht auf den Kläger wurde im neuen Prozessrecht allgemein die direkte Ueberweisung des Prozesses vom unzuständigen an das zuständige Gericht eingeführt, und zwar ohne die Konstruktion von Nachfristen, innewelcher der Kläger seine Klage selbst beim zuständigen Gericht neu einreichen muss. Mit der Zulassung auch interkantonalen Ueberweisungen stiess man im Vergleich zu andern Kantonen in Neuland vor. Nur gerade das neue schwyzerische Prozessrechtsgesetz vom 25.10.1974 (in Kraft seit 1.1.1975) enthielt - wie bereits erwähnt - in § 101 eine der zürcherischen Ueberweisung genau entsprechende Regelung. (Sie war aus dem zürcherischen Entwurf übernommen worden). Lediglich innerkantonal sieht auch das Prozessrechtsgesetz des Kantons Waadt vom 14.12.1966 in Art. 61 allgemein die Ueberweisung von Amtes wegen vor; interkantonal ist sie indessen ausdrücklich verboten. Im übrigen ist

37 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 221 ZPO.

das Institut der allgemeinen Prozessüberweisung in andern Kantonen nicht bekannt³⁸. Einige Kantone kennen aber das der Ueberweisung verwandte Institut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, sofern der Kläger innert einer bestimmten Frist nach der Zurückweisung der Klage durch das unzuständige Gericht diese neu beim zuständigen Gericht anhebt. Dieses Institut soll später noch des näheren erläutert werden.

Bereits im Vorentwurf von Prof. Guldener vom 14.8.1963 für ein neues Gesetz über den Zivilprozess des Kantons Zürich war folgende allgemeine Ueberweisungsvorschrift im Rahmen der Bestimmungen über die örtliche und sachliche Zuständigkeit der Gerichte enthalten:

"Ist ein anderes zürcherisches Gericht als das angerufene zuständig, so wird der Prozess von Amtes wegen und ohne dass die Rechtshängigkeit unterbrochen wird, dem zuständigen Gericht überwiesen, sofern dieses ermittelt werden kann.

Die Ueberweisung erfolgt nicht, sondern die Klage wird von der Hand gewiesen, wenn sich das andere Gericht bereits als unzuständig erklärt hat und nicht nachträglich zuständig geworden ist. Ein Rekurs kann sich gegen die Entscheidungen beider Gerichte richten.

Die Ueberweisung an ein ausserkantonaies Gericht erfolgt nur, wenn es sich zur Uebernahme des Prozesses bereit erklärt.

Ein Prozess kann von einem ausserkantonalen Gericht einem zürcherischen Gericht überwiesen werden. Dieses entscheidet, inwiefern das Verfahren zu wiederholen sei. Es kann den Prozess einstellen, bis das vorgeschriebene Sühnverfahren vor dem Friedensrichter durchgeführt ist."

Gegenüber dieser Bestimmung weist die schliesslich Gesetz gewordene Fassung von § 112 ZPO den grundsätzlichen Unterschied auf, dass die Ueberweisung nur auf Antrag des Klägers und nicht von Amtes wegen erfolgt. Damit wird das Prinzip der Parteidisposition betont, nach wel-

38 Die allgemeine Prozessüberweisung bei örtlicher oder sachlicher Unzuständigkeit eines Gerichts geht historisch auf die speziellen Ueberweisungsarten zurück, die bei nachträglich eintretender sachlicher Unzuständigkeit infolge Widerklageerhebung (oder Klageänderung) vorgesehen wurden und die einige Kantone kennen; deutlich zeigt sich diese Entwicklung auch bei der deutschen Prozessverweisung (vgl. dazu Schalch, S. 54 ff. (Zur Geschichte der Verweisung)).

chem es dem Kläger freigestellt sein muss, seine Klage im Falle der Unzuständigkeit des von ihm angerufenen Gerichts durch einen Nichteintretensentscheid erledigen zu lassen³⁹.

Da der Kläger das zuständige Gericht im Antrag selbst bezeichnen muss, braucht dieses nicht durch das unzuständige Gericht ermittelt zu werden. Daraus geht hervor, dass allein der Kläger das Risiko einer Falschüberweisung trägt. Das Zweitgericht ist nicht an den Ueberweisungsentscheid gebunden und verpflichtet, seine Zuständigkeit selbst neu zu überprüfen. Da das unzuständige zürcherische Gericht die Zuständigkeitsfrage in positiver Hinsicht nicht abzuklären hat, ist die Zulassung einer interkantonalen Ueberweisung auf Antrag des Klägers ohne weiteres zu rechtfertigen. Das zürcherische Gericht hat sich nicht darum zu kümmern, ob das ausserkantonale Gericht den überwiesenen Prozess übernimmt oder nicht. Das ist allein Sache des Klägers. Gegenüber der Ueberweisung von Amtes wegen ist diejenige auf klägerischen Antrag aber auch innerkantonale vorzuziehen, wo das andere zürcherische Gericht zur Uebernahme des Prozesses auf Grund der Prozessordnung verpflichtet ist. Die Ermittlung des zuständigen Gerichts ist unter Umständen im innerkantonalen Bereich genau gleich schwierig wie im interkantonalen, ist doch die Feststellung der Zuständigkeit oft kein rechtliches, sondern ein tatsächliches Problem, wenn es beispielsweise um den Wohnsitz des Beklagten geht. Irrt sich das unzuständige Gericht diesbezüglich, so könnte sich der Kläger auf den Standpunkt stellen, er habe bei demjenigen zürcherischen Gericht, an welches der Prozess von Amtes wegen zu Unrecht überwiesen wurde, gar nicht klagen wollen, womit wiederum die Frage auftaucht, ob das überweisende Gericht für seinen Fehler haftbar gemacht werden könnte. Diese Probleme entfallen mit der geltenden Ueberweisung auf Antrag des Klägers.

Mit der Bestimmung, dass Ueberweisungen an das bezeichnete Gericht im Falle offensichtlicher Unzuständigkeit abgelehnt werden, soll dem

39 Schalch, S. 86.

Missbrauch dieses Institutes vorgebeugt werden. Völlig haltlosen oder auf eine mutwillige oder trölerische Prozessführung hinauslaufenden Anträgen des Klägers ist nicht stattzugeben.

Im übrigen sei noch darauf hingewiesen, dass die zürcherische Regelung der Prozessüberweisung genau so, wie sie sich in § 112 ZPO findet, bereits im Entwurf von Bundesrichter Schwartz für ein Bundesgesetz betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrecht vorgesehen war (Art. 22)⁴⁰. Die zürcherische Bestimmung ist unverändert aus diesem Entwurf übernommen worden.

IV. Exkurs:

Ueberweisungsvorschriften ausserhalb der Zivilrechtspflege

Im Kanton Zürich sind gemäss § 5 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24.5.1959⁴¹ Eingaben, die an eine unzuständige Verwaltungsbehörde gerichtet sind, von Amtes wegen an die zuständige Verwaltungsbehörde weiterzuleiten, wobei für die Einhaltung einer Frist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde massgebend ist. Die Ueberweisung von Amtes wegen ist im Rahmen des Verwaltungsvfahrens, in welches der Bürger zwangsweise einbezogen wird, viel eher gerechtfertigt als beim Zivilprozess, welchen der Kläger selbst einleitet und bei dem es ihm zuzumuten ist, die zuständige Gerichtsbehörde selber zu ermitteln bzw. im Falle der Ueberweisung zu bezeichnen. Für die im zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) organisierten Verwaltungsbehörden (die Untersuchungs- und Anklagebehörden gemäss §§ 72, 73, 92 und 93 GVG, also die Bezirks- und Jugendanwaltschaften, die Staats- und

40 Abgedruckt in ZSR NF 88, 2. Halbband, S. 243 ff.; vgl. dazu auch die Erläuterungen von F. Balmer, S. 337 ff..

41 OS 40, 546.

Jugendstaatsanwaltschaft)⁴² gilt indessen § 5 Abs. 2 VRG nicht, da sie Organe der Strafrechtspflege sind (vgl. zum Geltungsbereich des Verwaltungsverfahrens § 4, insbesondere Abs. 2 lit. a VRG). Gehen ihnen unzuständigerweise Eingaben zu, so haben sie diese gemäss § 194 Abs. 2 GVG von Amtes wegen an die zuständige Stelle weiterzuleiten⁴³. Diese Bestimmung kommt sowohl im Bereich der Zivil- als auch der Strafrechtspflege zur Anwendung. Beispielsweise ist eine irrtümlich einer Bezirksanwaltschaft zugestellte Anklage wegen Ehrverletzung durch die Presse von Amtes wegen an das zuständige Bezirksgericht (§ 294 StPO) weiterzuleiten, wobei aber die Strafantragsfrist gemäss Art. 29 StGB auf Grund von § 194 Abs. 1 GVG nicht gewahrt wird, wenn die Weiterleitung erst nach Ablauf dieser Frist erfolgt⁴⁴; die Einhaltung einer bundesrechtlichen Frist kann sich nicht aus einer kantonalen Vorschrift ergeben⁴⁵. Irrtümlich zugestellte Anklagen in andern, nicht durch die Druckerpresse begangenen Ehrverletzungen wären gemäss § 194 Abs. 2 GVG an den zuständigen Friedensrichter weiterzuleiten (§ 309 StPO); hinsichtlich der Wahrung der Strafantragsfrist nach Art. 29 StGB ist indessen die Vorladung zum Sühnversuch unwirksam, da damit noch keine Anklageerhebung im bundesrechtlichen Sinne vorliegt, müssen doch Weisung und Anklageschrift nach dem Scheitern des Sühnversuchs nicht von Amtes wegen an das erkennende Gericht weitergeleitet werden (§§ 310 Abs. 1 und 312 Abs. 1 StPO). Deshalb stellt diese Vorladung noch keinen Strafantrag dar, welcher die Strafverfolgung ohne weitere Erklärung des Antrag-

42 Diese Behörden werden als Organe der Verwaltung aufgefasst, ob-
schon sie zum Teil (Bezirks- und Jugendanwaltschaften) in beschränk-
tem Umfang (beim Erlass eines Strafbefehls, vgl. § 317 StPO und Art.
47 EG zum StGB) auch richterliche Funktionen ausüben (vgl. dazu ZR
LVII 111 S. 276 und ZR 61 Nr. 173 S. 372).

43 In § 194 Abs. 1 GVG wird ausdrücklich die "unrichtige zürcherische
Gerichts- oder Verwaltungsstelle" als zur Weiterleitung befugt er-
wähnt.

44 A. M. offensichtlich ZR 61 Nr. 173 S. 372 f., obwohl die Frage in
casu nicht entschieden werden musste, da die Weiterleitung noch
innert der dreimonatigen Antragsfrist erfolgte.

45 BGE 95 I 165 Erw. 4.

stellers in Gang bringt⁴⁶. Anklagen wegen Ehrverletzungen sind somit nur rechtzeitig eingereicht, wenn deren Weiterleitung gemäss § 194 Abs. 2 GVG innert der dreimonatigen Antragsfrist nach Art. 29 StGB an das erkennende Gericht erfolgt; § 194 Abs. 1 GVG ist in diesem Bereich nicht anwendbar.

Im Bundesrecht finden sich Ueberweisungsbestimmungen im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (OG)⁴⁷ bezüglich der Staats- und Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht sowie der Rechtspflege in Schuldbetreibungs- und Konkursachen. Hinsichtlich letzterer schreibt Art. 75 Abs. 2 OG vor, dass eine Beschwerde gegen die Verfügung eines Betreibungs- oder Konkursamtes, die bei einer dem Grade nach unzuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde eingereicht wurde, von Amtes wegen der zuständigen Aufsichtsbehörde abzugeben ist und der Zeitpunkt der Einreichung als Zeitpunkt der Beschwerdeführung gilt. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung entsprechend auf den Fall der Beschwerdeführung bei einer örtlich unzuständigen Aufsichtsbehörde oder beim Betreibungs- oder Konkursamt statt bei der Aufsichtsbehörde anwendbar⁴⁸. Wird eine

46 Gleich wie dort, wo zur Wahrung einer Verwirkungsfrist Zivilklage angehoben werden muss, ist auch der Begriff der Erhebung einer Privatstrafklage ein bundesrechtlicher und es bestimmt sich deshalb allein nach Bundesrecht, mit welchen Handlungen der Ankläger die Antragsfrist wahrt. Vgl. dazu Walder, PE, S. 115 (insbes. Anm. 32).

47 In der Fassung gemäss Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über die Aenderung des OG.

48 Vgl. BGE 96 III 93 (Frage in Erw. 4a noch offen gelassen) und BGE 100 III 8. In diesem Entscheid wird Art. 75 Abs. 2 OG wiederum im Lichte der neueren Gesetzgebung des Bundes auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege betrachtet (vgl. dazu die folgenden Ausführungen im Text), wonach eine innert Frist an eine unzuständige Behörde gerichtete Eingabe zur Wahrung der Frist genügt und an die zuständige Behörde von Amtes wegen weiterzuleiten ist. Angesichts dieses hier allgemein geltenden Grundsatzes und des Umstandes, dass die für die Einreichung der Beschwerde massgebenden Vorschriften des SchKG über das Verfahren und die Organisation der Betreibungs- und Konkursbehörden dem Verwaltungsrecht nahe stehen, wurde allgemein – entgegen dem engeren Wortlaut von Art. 75 Abs. 2 OG – die bei einer unzuständigen Aufsichtsbehörde oder gar beim Betrei-

staatsrechtliche Beschwerde irrtümlich beim Bundesrat oder bei einer besonderen eidgenössischen Instanz der Verwaltungsrechtspflege einge- reicht, so gilt die Beschwerdefrist bei rechtzeitiger Einreichung gemäss Art. 96 Abs. 1 OG als gewahrt und die Beschwerde ist von Amtes wegen an das Bundesgericht weiterzuleiten⁴⁹. Ferner sind nach Art. 107 Abs. 1 und 2 OG Verwaltungsgerichtsbeschwerden, die einer unzuständigen (ins- bes. auch kantonalen) Behörde zugestellt werden, von dieser von Amtes wegen ohne Verzug dem Bundesgericht zu überweisen; massgebend für die Fristeinhaltung ist der Zeitpunkt der Einreichung bei der unzustän- digen Behörde. Schliesslich spielt dieser Grundsatz auch zwischen den verschiedenen Bundesverwaltungsbehörden (vgl. Art. 21 Abs. 2 in Verbin- dung mit Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968).

§ 4 DIE PROZESSUEBERWEISUNG IM VERHAELTNIS ZU ANDERN RECHTSINSTITUTEN, WELCHE DIE VERBESSERUNG DES FEHLERS EINER KLAGEEINLEITUNG BEI EINEM UNZUSTAENDIGEN GERICHT ERMOEGLICHEN

Anstelle des Institutes der Prozessüberweisung kennen einige Kantone das diesem nahestehende Institut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechts-

bungsamt (so in BGE 100 III 8) rechtzeitig eingereichte Beschwerde als fristwährend anerkannt. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn es sich nicht um eine Beschwerde, sondern um einen Rechtsvorschlag handelt, der innert Frist versehentlich an ein unzuständiges Betrei- bungsamt gerichtet wurde (BGE 101 III 9).

- 49 Art. 96 Abs. 1 OG findet nur Anwendung im Verhältnis zu andern Bundesinstanzen. Wird eine staatsrechtliche Beschwerde bei einer unzuständigen kantonalen Behörde statt beim Bundesgericht einge- reicht, so ist sie gestützt auf Art. 32 Abs. 3 und 89 Abs. 1 OG nur rechtzeitig, wenn sie vor Ablauf der Beschwerdefrist an das Bun- desgericht weitergeleitet wird (BGE 103 Ia 53). Diese Regelung ver- mag nach heutiger Rechtsauffassung keineswegs mehr zu befriedigen, dies insbesondere nicht angesichts von Art. 107 Abs. 1 und 2 OG (vgl. die folgenden Ausführungen im Text).

hängigkeit⁵⁰. Hat der Kläger ein unzuständiges Gericht angerufen, kann er seine Klage binnen einer prozessrechtlichen Frist nach dem Unzuständigkeitsentscheid beim zuständigen Gericht im gleichen Kanton neu erheben, wobei diesfalls der Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der zweiten Klage auf denjenigen zurückbezogen wird, in dem die erste Klage rechtshängig wurde. Im Unterschied zur Prozessüberweisung muss hier der Kläger seine Klage selbst neu anheben, das erste Verfahren wird somit nicht fortgesetzt, sondern es wird mit der Zurückweisung der Klage erledigt. Hinsichtlich der Wahrung einer bundesrechtlichen Klagefrist ist entscheidend, ob die Rechtshängigkeit der Klage während der Nachfrist bestehen bleibt oder nicht⁵¹. Wird sie zwischen Zurückweisung und Neueinreichung der Klage unterbrochen, so ist die Klage verwirkt, wenn die Frist zu ihrer Anhebung inzwischen abgelaufen ist (was sehr oft der Fall sein wird). Die kantonalrechtliche Fiktion des Rückbezugs der Rechtshängigkeit vermag dagegen nicht zu helfen. Dauert die Rechtshängigkeit während der Nachfrist indessen fort, gilt deren Versäumung somit als auflösende Bedingung, dann ist die (fristgemässe) Klageerhebung beim unzuständigen Gericht im Sinne des Bundesrechts gültig, wenn die Bedingung ihrer korrekten Neueinreichung eingehalten wird. Der Mangel der Zuständigkeit ist dann lediglich als Zwischenfall im Laufe des Prozesses zu betrachten, der ohne weitere Nachteile sofort behoben werden kann.

Die Prozessüberweisung kommt demgegenüber nicht nur ohne das Hilfsmittel der Fiktion und ohne Nachfristen aus, sie erspart dem Kläger auch die Neueinleitung der Klage, bei der allenfalls auch das Sühnverfahren wiederholt werden muss. Sie ist deshalb dem Institut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, einer etwas künstlich anmutenden Konstruktion, eindeutig überlegen.

50 Vgl. dazu Ilg, S. 20 ff..

51 Vgl. dazu und zum folgenden BGE 75 III 76 (insbes. S. 78 zu Art. 163 ZPO/Bern).

Während diese beiden Institute dem kantonalen Recht angehören, basiert das dritte hier anzuführende Institut auf dem Bundesrecht. Es handelt sich dabei um die auf Grund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gewährte Nachfristansetzung bei Verwirkungsfristen auf dem Wege der analogen Anwendung von Art. 139 OR, welche Bestimmung ihrem Wortlaut nach nur bei abgelaufenen Verjährungsfristen anwendbar ist⁵². Sie lautet wie folgt:

Art. 139 OR: "Ist die Klage oder die Einrede wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters oder wegen eines verbesserlichen Fehlers angebrachtermassen oder als vorzeitig zurückgewiesen worden, so beginnt, falls die Verjährungsfrist unterdessen abgelaufen ist, eine neue Frist von sechzig Tagen zur Geltendmachung des Anspruchs."

Der in der heutigen Prozessrechtssprache überholte Ausdruck "angebrachtermassen zurückgewiesen"⁵³ meint in dem hier interessierenden Zusammenhang nichts anderes als das Nichteintreten auf die Klage wegen Unzuständigkeit; allgemein bedeutet er die Erledigung des Prozesses durch Prozessurteil. Wurde eine Klage innert einer Verwirkungsfrist erhoben und nach deren Ablauf zufolge Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts zurückgewiesen, so stellten die daraus für den Kläger resultierenden Rechtsnachteile in der Regel eine unbillige Härte dar. Deshalb begann das Bundesgericht zunächst für einzelne, später für alle Klagen aus dem Bundeszivilrecht die nur für die Verjährung bestimmte Nachfrist von Art. 139 OR in analoger Weise auch auf die Verwirkungsfristen anzuwenden; bei den Klagefristen des SchKG ist dieses Vorgehen umstritten⁵⁴. Wenn die Verwirkungsfrist kürzer ist als sechzig Tage, wird konsequenterweise auch die Nachfrist entsprechend kürzer ange-

52 Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 112 ZPO (mit Zitaten) und (ausführlich) Ilg, S. 64 ff. .

53 So auch noch in § 240 Abs. 2 aZPO.

54 Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 112 ZPO (mit Zitaten). Grundsätzliche Zulässigkeit bejaht bei der Aberkennungsklage (Art. 83 SchKG) in BGE 91 III 18f.; vgl. ferner Ilg, S. 74 ff. (ausführliche Wiedergabe der bundesgerichtlichen Praxis) und Walder, PE, S. 119 f. .

setzt werden müssen⁵⁵. Diese Nachfristansetzung unterscheidet sich von einer Wiederherstellung der ursprünglichen Klagfrist im technischen Sinne dadurch, dass sie voraussetzungslos in den entsprechenden Fällen zur Anwendung gelangt, ohne dass – wie beim Institut der Wiederherstellung – das Vorliegen eines Verschuldens geprüft oder das Einverständnis der Gegenpartei eingeholt werden müsste⁵⁶. Die Wiederherstellung einer bundesrechtlichen Klagfrist ist – von einzelnen Ausnahmen abgesehen – nicht möglich⁵⁷. Wird die Klage während der Nachfrist neu beim zuständigen Gericht eingereicht, so treten trotz Ablaufs der Klagfrist die Verwirkungsfolgen nicht ein, der geltend gemachte Anspruch geht nicht unter. Im Unterschied zur Prozessüberweisung bedingt die Konstruktion mittels der bundesrechtlichen Nachfrist von Art. 139 OR, dass der Kläger seine Klage selbst neu in den vom kantonalen Prozessrecht vorgesehenen Formen einreicht. Die analoge Anwendung von Art. 139 OR kann dort korrigierend eingreifen, wo das Prozessrecht bei Unzuständigkeit nur die Zurückweisung der Klage mit Unterbrechung ihrer Rechtshängigkeit zulässt. Sieht es selbst eine Nachfrist vor, innerhalb welcher die Rechtshängigkeit der Klage bestehen bleibt, sofern sie rechtzeitig beim zuständigen Gericht neu erhoben wird, so bedarf es der analogen Anwendung von Art. 139 OR nicht. Kantonale Rechtsinstitute, welche bei der Substitution des unzuständigen Gerichts durch das zuständige die Heilung des Mangels der Zuständigkeit unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der Klage ermöglichen, gehen in jedem Fall der analogen Anwendung von Art. 139 OR vor; diese kommt nur subsidiär zum

55 Guldener, ZPR, S. 222 oben; Ilg, S. 66; vgl. zu dieser Frage auch BGE 91 III 18, 89 II 313.

56 Ilg, S. 42 f.. Vgl. Art. 35 Abs. 1 OG und § 199 GVG (zur Wiederherstellung versäumter prozessrechtlicher Fristen).

57 Diese Frage entscheidet sich allein nach Bundesrecht (Guldener, ZPR, S. 221). Deshalb ist § 199 GVG, aber gemäss neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Art. 35 Abs. 1 OG nicht für die Wiederherstellung bundesrechtlicher Klagfristen anwendbar (vgl. BGE 101 II 88; a.A. Hauser/Hauser, Anm. 2 III zu § 221 aGVG). Zu den Ausnahmen vgl. Art. 257 ZGB, Art. 45 Abs. 3 VVG.

Zug⁵⁸. Es entstehen dann auch keine Probleme bei den Klagefristen des SchKG, wo die analoge Anwendung von Art. 139 OR umstritten ist.

Dank der Prozessüberweisung ist es im übrigen nicht mehr notwendig, dass der Kläger seine Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts unter Vorbehalt ihrer Wiedereinbringung beim zuständigen Gericht zurückzieht (§ 107 Ziff. 4 ZPO), womit er die Rechtshängigkeit und die Klageanhebung aufhebt⁵⁹.

58 So auch Ilg, S. 87.

59 Sträuli/Messmer, N 18 zu § 107 ZPO.

2. Teil

DIE INNERKANTONALE PROZESSUEBERWEISUNG

§ 5 DIE VORAUSSETZUNGEN DER UEBERWEISUNG

I. Die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts

A) Grundsätzliches zur Prüfung der Zuständigkeit

Die Prozessüberweisung ist aufs engste mit der Behandlung der Zuständigkeitsfrage im Prozess verknüpft. Erweist sich bei letzterer, dass die Unzuständigkeitserklärung des Gerichts wahrscheinlich oder mit Sicherheit zu erwarten ist, stellt sich sofort die Frage nach einer Prozessüberweisung an das zuständige Gericht. Erfolgt diese nicht von Amtes wegen¹, sondern gemäss § 112 Abs. 1 ZPO nur auf Antrag des Klägers, muss er in jedem Fall Gelegenheit haben, diesen Antrag vor dem allfälligen Erlass eines Unzuständigkeitsentscheides zu stellen. Diese Gelegenheit ergibt sich bei der Behandlung der Zuständigkeitsfrage. Der Kläger muss von Gesetzes wegen angehört werden, wenn der Beklagte die Einrede erhebt, das Gericht sei örtlich oder sachlich unzuständig (§ 111 Abs. 1 ZPO)²; er kann deshalb zugleich nötigenfalls auch den Ueberweisungsantrag stellen. Wird die Einrede nicht rechtzeitig (d.h. bis zum Ende der Klageantwort) erhoben, ist sie verwirkt. Aber auch wenn das

1 Von Amtes wegen erfolgt die Ueberweisung gestützt auf: §§ 22 Abs. 3 und 60 Abs. 1 ZPO, sowie § 221 ZPO.

2 § 111 Abs. 1 ZPO: "Der Beklagte soll die Einrede, das Gericht sei örtlich oder sachlich unzuständig, vor der Verhandlung über die Sache selbst erheben; er ist damit nach der Klageantwort ausgeschlossen. Das Gericht entscheidet nach Anhörung der Gegenpartei sofort über seine Zuständigkeit." Zur Anhörungspflicht vgl. ZR 74 Nr. 33 Erw. 2.

Gericht seine Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen hat (§ 108 ZPO)³, ist der Kläger zu dieser Frage vor Wegweisung des Prozesses anzuhören und ihm die Möglichkeit einzuräumen, einen Ueberweisungsantrag zu stellen; steht ihm dieses Recht ausdrücklich bei der Unzuständigkeitseinrede des Beklagten zu, so muss er es umso mehr geltend machen können, wenn sich das Gericht von Amtes wegen und nicht auf Anstoss des Beklagten für unzuständig erklären will⁴. Das ergibt sich aus seinem Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 56 Abs. 1 ZPO)⁵. Deshalb ist es zu rechtfertigen, ihn zu verpflichten, einen Antrag auf Prozessüberweisung in diesem Verfahrensstadium zu stellen. Dass ihm das Gericht noch nach dem Erlass eines Unzuständigkeitsentscheides Frist zur Antragsstellung anzusetzen hätte⁶, ist weder notwendig noch ökonomisch; ein solches Vorgehen ist zudem aus später zu erläuternden Gründen prozessrechtlich fragwürdig und in andern Staaten, deren Prozessrecht die Ueberweisung auf Antrag des Klägers kennt, auch nicht bekannt⁷.

3 Das ist der Fall, wenn seine Zuständigkeit offensichtlich fehlt (beispielsweise bei Verletzung zwingender Zuständigkeitsvorschriften, vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 108 ZPO) oder wenn der Beklagte am Verfahren vor dem seines Erachtens unzuständigen Gericht gar nicht teilnimmt und sich rein passiv verhält (vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 2 zu § 12 und N 1 zu § 111 ZPO). Zwingend ist ein Gerichtsstand nur dann vorgeschrieben, wenn das öffentliche Interesse seine unbedingte Beachtung erfordert, was bei Rechtsverhältnissen zutrifft, über welche die Parteien nicht frei verfügen können (vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 4 zu § 11 ZPO (mit Beispielen), ferner Guldener, ZPR, S. 85 und Kummer, S. 10; kritisch zum Begriff des öffentlichen Interesses in diesem Zusammenhang Bölsterli, S. 36 ff.). Grundsätzlich zwingend vorgeschrieben ist die sachliche Zuständigkeitsordnung (Sträuli/Messmer, N 5 zu § 17 ZPO).

4 So Walder, PE, S. 31. Andererseits soll sich das Gericht von Amtes wegen ohne Anhören der beklagten Partei für unzuständig erklären, wenn deren Stellungnahme bei einer offensichtlich vorliegenden Unzuständigkeit ohne Belang ist (RB 1972 Nr. 24). Sie hat diesfalls keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Weist beispielsweise eine Klage einen zu geringen Streitwert zur Begründung der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auf, so ist auf sie ohne Anhören des Beklagten zur Zuständigkeitsfrage nicht einzutreten (§ 18 Abs. 1 ZPO; vgl. auch SJZ 76 (1980), S. 47).

5 Walder, PE, S. 31 Anm. 21.

6 Wie bei Sträuli/Messmer, N 5 zu § 112 ZPO, vorgesehen.

7 Vgl. dazu hinten 5. Teil, § 15 II lit. B (Deutschland) und § 16 II lit. B (Oesterreich).

Das Gericht prüft seine Zuständigkeit im mündlichen Verfahren in der Hauptverhandlung, wo der Kläger mit der Begründung seiner Klage dem Richter zugleich auch die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen zu nennen hat⁸. Hat er dies im schriftlichen Verfahren unterlassen, muss er es in einem weiteren Schriftsatz nachholen können. Bleiben Bedenken hinsichtlich der Zuständigkeit bestehen, sind die dafür massgebenden Tatsachen durch Beweiserhebung abzuklären (§ 144 ZPO). Richtet sich die Zuständigkeit nach der Natur des eingeklagten Anspruchs, so ist es unter Umständen in Einzelfällen notwendig, dass zum Nachweis der Existenz zuständigkeitsbegründender Tatsachen das Hauptverfahren durchgeführt wird⁹. Stehen zwingende Zuständigkeitsvorschriften in Frage, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat, ist es verpflichtet, selbst seinen eigenen, bereits in formelle Rechtskraft erwachsenen positiven Zuständigkeitsentscheid aufzuheben, wenn es sich im nachhinein ergibt, dass er fehlerhaft war¹⁰. Hat der Beklagte die Unzuständigkeitseinrede erhoben und wird gleichwohl die Zuständigkeit unzulässigerweise lediglich im Sachentscheid des Gerichts sinngemäss vorausgesetzt oder erst in diesem statt in einer Zwischenentscheid die Einrede förmlich verworfen, so ist das Urteil durch die Rechtsmittelinstanz aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese in der richtigen Form erneut über ihre Zuständigkeit befindet¹¹. Es eröffnet sich damit die Möglichkeit, den Prozess im Falle einer Unzuständigkeitserklärung auf neuen klägerischen Antrag hin an das zuständige Gericht überweisen zu lassen. Wird der Unzuständigkeitsentscheid indessen mit

8 Vgl. dazu Walder, PE, S. 37.

9 Vgl. z. B. den in ZR 64 Nr. 1 geschilderten Fall, wo die Klage materiell behandelt werden musste, um abklären zu können, ob sie erbrechtlicher oder rein vermögensrechtlicher Natur war. Je nach dem Ergebnis bestimmte sich dann der Gerichtsstand.

10 Vgl. § 271 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO und Sträuli/Messmer, N19 dazu und N7 zu § 111 ZPO.

11 Die Rechtsmittelinstanz befindet diesfalls nicht selbst über die Zuständigkeitsfrage (Sträuli/Messmer, N 8 zu § 269 ZPO). Anders nur, wenn der in erster Instanz säumige Beklagte hier erstmals die Unzuständigkeit geltend macht (Sträuli/Messmer, N 18 zu § 267 ZPO).

Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde bei der Rechtsmittelinstanz angefochten, so kann – bestätigt diese die Unzuständigkeit der Vorinstanz – der Ueberweisungsantrag auch erst in diesem Verfahrensstadium gestellt werden. Der Prozess ist dann direkt dem zuständigen erstinstanzlichen Gericht zu überweisen¹².

Die Begründung der Prozessüberweisungen gemäss §§ 22 Abs. 3, 60 Abs. 1 und 112 ZPO liegt im Fehlen oder Wegfall der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts für den von den Parteien bestimmten Streitgegenstand¹³. Welches im einzelnen die Gründe für die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit eines Gerichts als Ausgangsbasis für die Prozessüberweisung sind, soll im folgenden noch etwas genauer untersucht werden.

B) Die örtliche Unzuständigkeit

Das angerufene Gericht hat sich von Amtes wegen für örtlich unzuständig zu erklären (§ 108 ZPO) und den Prozess auf Antrag des Klägers gemäss § 112 ZPO an das zuständige Gericht zu überweisen, wenn zwingende bundesrechtliche Gerichtsstandsvorschriften¹⁴ nicht beachtet werden; ihnen kann weder durch Vereinbarung der Parteien noch durch die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten derogiert werden. Abgesehen da-

12 Sträuli/Messmer, N 2 (am Ende) zu § 280 ZPO.

13 Anders bei den Ueberweisungen vom summarischen in das ordentliche Verfahren gemäss § 221 ZPO. Hier ergibt sich die Unzuständigkeit des summarischen Richters nicht aus Rücksicht auf den Streitgegenstand, sondern als Folge davon, dass die in diesem Verfahren zur Verfügung stehenden Beweismittel nach richterlichem Ermessen nicht für die zum Entscheid notwendigen Feststellungen ausreichen.

14 Solche bestehen z.B. für die Eheungültigkeits-, die Ehescheidungs- und -trennungsklage (Art. 136 und 144 ZGB) sowie für die Klage auf Feststellung oder Anfechtung des Kindesverhältnisses (Art. 253 ZGB). Vgl. im übrigen weitere Beispiele in der Zusammenstellung bei Walder, Handbuch, S. 102 ff. und ferner bei Sträuli/Messmer, N 4 zu § 11 ZPO.

von muss das zürcherische Gericht seine örtliche Zuständigkeit nur dann prüfen, wenn sie der Beklagte nicht ausdrücklich in einer Gerichtsstandsvereinbarung oder kraft Satzung juristischer Personen (§ 11 Abs. 1 ZPO) anerkannt oder durch seine vorbehaltlose Einlassung (§ 12 Abs. 1 ZPO) begründet hat¹⁵. Das neue zürcherische Prozessrecht kennt im Unterschied zum alten keine zwingenden Gerichtsstandsvorschriften mehr¹⁶, weshalb von dieser Seite aus einer Derogation nichts entgegen steht. Der kantonale Gerichtsstand der Vereinbarung wird jedoch auf Grund einzelner bundesrechtlicher Bestimmungen ausgeschlossen, so beispielsweise beim Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag (Art. 226 lit. 1 und 228 OR)¹⁷. Indessen wirkt hier die Einlassung des Beklagten auf die Klage vor dem unzulässigerweise vereinbarten Richter gleichwohl kompetenzbegründend, weil solche Bestimmungen nur zum Schutz der Parteien erlassen wurden; es läuft diesem Gedanken nicht zuwider, wenn aus prozessökonomischen Gründen der Gerichtsstand der vorbehaltlosen Einlassung begründet werden, das Gericht somit die Hauptverhandlung fortsetzen kann, ohne dass es sich nachher noch mit der Frage seiner örtlichen Zuständigkeit auseinanderzusetzen hätte¹⁸.

-
- 15 Eine Einlassung liegt vor, wenn der Beklagte gegenüber dem Gericht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln (Sträuli/Messmer, N 1 zu § 12 ZPO). Sie begründet unabhängig von seinem Willen gemäss § 12 Abs. 1 ZPO von Gesetzes wegen die örtliche Zuständigkeit dieses Gerichts. Die Nichterhebung der Unzuständigkeitseinrede wird nicht mehr wie nach altem Recht einer Erklärung an die Gegenpartei gleichgesetzt, sondern einer solchen an das Gericht selbst (Walder, PE, S. 40). Deshalb wird die Einlassung nicht mehr als stillschweigend abgeschlossener Prorogationsvertrag fingiert (§ 17 Abs. 1 aZPO), sondern sie begründet einen kantonalrechtlich gesetzlichen Gerichtsstand.
- 16 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 9 ZPO; Walder, Handbuch, S. 112. § 16 aZPO wurde gestrichen.
- 17 Der im voraus geleistete Verzicht des Käufers und Beklagten auf den allgemeinen oder besonderen gesetzlichen Gerichtsstand ist ungültig. Ebenso gemäss Art. 11 des Bundesgesetzes über die Handelsreisenden vom 4.10.1930. Vgl. dazu auch Sträuli/Messmer, N 3 zu § 11 ZPO.
- 18 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 11 ZPO; Guldener, ZPR, S. 87 Anm. 52.

Wird der aufrechtstehende Schuldner für persönliche Ansprachen im Sinne von Art. 59 Abs. 1 BV¹⁹ ausserhalb seines Wohnsitzkantons eingeklagt, so beurteilt sich die Gültigkeit eines Prorogationsvertrages oder die Frage, ob er sich vorbehaltlos auf die Klage eingelassen habe, ausschliesslich nach Bundesrecht und nicht nach dem kantonalen Prozessrecht²⁰.

Ausserhalb des Bereichs von Art. 59 BV hat das angerufene zürcherische Gericht bei interkantonalen Streitigkeiten jedoch nach seinem Prozessrecht darüber zu entscheiden, ob eine Prorogationsvereinbarung gültig sei, wenn es selbst nach Gesetz örtlich zuständig ist, der Beklagte aber gestützt auf die Vereinbarung eines andern Gerichtsstandes die Unzuständigkeitseinrede erhebt²¹; abzuklären gilt es dabei, ob der vertragliche Gerichtsstand den gesetzlichen eindeutig ausschliesst und ob ein ausserkantonaes Gericht zur Anhandnahme der Klage berechtigt ist, wobei diese Frage nach dessen Prozessrecht beurteilt werden muss²². Andernfalls bleibt das zürcherische Gericht zuständig. Lässt sich der Beklagte beim gesetzlich zuständigen oder einem dritten Gericht entgegen einer anderslautenden Gerichtsstandsvereinbarung vorbehaltlos auf die Klage ein, kommt damit eine formlos gültige Aufhebung des nach § 11 Abs. 1 ZPO in schriftlicher Form abzuschliessenden Vertrages zustande²³.

19 Art. 59 Abs. 1 BV lautet wie folgt: "Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden." Diese Bestimmung über die örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung schuldrechtlicher Klagen hat keine inner-, sondern in erster Linie (nebst internationaler) interkantonale Bedeutung (Guldener, IZPR, S. 71 f.).

20 Sträuli/Messmer, N 1 und 8 zu § 11 und N 1 zu § 12 ZPO (mit Zitaten); Guldener, IZPR, S. 74 f. Anm. 236 und 238.

21 Walder, PE, S. 33; Guldener, IZPR, S. 169 unten. Eine solche Vereinbarung darf der Richter nicht von Amtes wegen anwenden (Sträuli/Messmer, N 16 zu § 11 ZPO).

22 Vgl. dazu auch Sträuli/Messmer, N 17 zu § 11 ZPO.

23 Sträuli/Messmer, N 16 zu § 11 ZPO (mit Zitaten). Man spricht von einer sog. Gegenprorogation. Vgl. auch Weissmann, S. 73.

Die Vereinbarung eines andern Gerichtsstandes erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage beim gesetzlich zuständigen Gericht ist unwirksam, weil sich der Gerichtsstand gemäss § 16 ZPO nach den Verhältnissen zur Zeit bestimmt, da die Klage rechtshängig wird²⁴. Eine spätere Veränderung der dafür massgebenden Umstände lässt somit die örtliche Zuständigkeit des Gerichts nicht mehr wegfallen²⁵.

Trotz der prozessrechtlichen Zulässigkeit und der Gültigkeit eines Gerichtsstandsvertrages darf aber das vereinbarte zürcherische Gericht gemäss §§ 4 und 11 Abs. 2 ZPO die Behandlung einer Streitigkeit wegen mangelnder Binnenbeziehung ablehnen. Darüber entscheidet es nach seinem freien Ermessen²⁶. Auch eine solche Ablehnung stellt eine Unzuständigkeitserklärung dar²⁷, mit welcher die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln wieder in Kraft treten²⁸. Bis zu welchem Zeitpunkt sie zu ergehen hat, bestimmt das Gesetz nicht. Nach dem auch für die Gerichte verbindlichen Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (§ 50 ZPO) muss in der Regel schon die Zustellung der Klageschrift an den Beklagten mit Fristansetzung zur Einreichung der Klageantwort als stillschweigende Annahme der Prorogation gelten, es sei denn, das Gericht behalte sich vor, sich erst nach der Klageantwort definitiv über die Annahme auszusprechen²⁹.

24 Sträuli/Messmer, N 6 (letzter Satz) zu § 11 ZPO; ZR 73 Nr. 20.

25 Sog. perpetuatio fori. Umgekehrt können nicht mehr – wie nach alter Praxis – die die gesetzliche Zuständigkeit begründenden Umstände erst im Laufe des Verfahrens eintreten, wie z.B. die Wohnsitznahme der beklagten Partei im Gerichtsbezirk (Ausnahme: Die vorbehaltlose Einlassung des Beklagten gemäss § 12 ZPO). Vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 2 zu § 16 ZPO.

26 Walder, PE, S. 33 f.; Sträuli/Messmer, N 24 zu § 11 ZPO. Zu grosse Arbeitsbelastung des Gerichts ist ein Ablehnungsgrund. Die Ablehnung muss aber nicht begründet werden.

27 So Walder, PE, S. 34.

28 Sträuli/Messmer, N 24 (am Ende) zu § 11 ZPO (vgl. zudem N 4 zu § 112 ZPO bezüglich der Zulässigkeit der Prozessüberweisung).

29 Sträuli/Messmer, N 24 (Mitte) zu § 11 ZPO; a.M. ZR 70 Nr. 25.

Erklärt sich ein zürcherisches Gericht auf Grund des geschilderten Zuständigkeitsrechts von Amtes wegen oder auf Einrede des Beklagten hin für örtlich unzuständig, ist eine Prozessüberweisung an das zuständige Gericht gemäss § 112 ZPO auf Antrag des Klägers zulässig.

C) Die sachliche Unzuständigkeit

Die Ordnung der sachlichen (und der funktionellen) Zuständigkeit der Gerichte ist allein Sache der Kantone. Das Bundesrecht hat lediglich in den Gesetzen betreffend den gewerblichen Rechtsschutz und das Urheberrecht die Beurteilung aller solcher Streitigkeiten durch eine einzige kantonale Instanz vorgeschrieben und damit ausnahmsweise in diese Ordnung eingegriffen (§§ 43 Abs. 2 und 61 GVG)³⁰. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ist im Gerichtsverfassungsgesetz und, soweit dafür der Streitwert massgebend ist, in der Zivilprozessordnung (§§ 18 ff. ZPO) geregelt³¹. Diese Zuständigkeitsordnung ist grundsätzlich zwingender Natur³². An ein sachlich (oder funktionell) unzuständiges Gericht darf nicht prorogiert werden, es sei denn, das Gesetz sehe diese Möglichkeit in Ausnahmefällen ausdrücklich vor. Dies trifft bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zu bezüglich der Prorogation des Handelsgerichts anstelle des Bezirksgerichts oder des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren³³, des Bezirksgerichts anstelle des Handelsgerichts³⁴ und

30 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 17 ZPO. Anders bei der örtlichen Zuständigkeitsordnung; grundsätzlich bestimmt sich auch hier das im Innern des Kantons zuständige Gericht nach der kantonalen Prozessordnung, doch hat der Bundesgesetzgeber selbst zahlreiche Gerichtsstandsvorschriften für den innerkantonalen Bereich aufgestellt, um die Rechtsverfolgung und damit die Durchsetzung des Bundesrechts zu sichern (Sträuli/Messmer, N 2 zu § 1 ZPO).

31 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 17 ZPO.

32 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 17 ZPO.

33 § 64 Ziff. 1 GVG.

34 § 64 Ziff. 2 GVG.

des Obergerichts als erste Instanz anstelle des Bezirksgerichts oder des Einzelrichters im beschleunigten Verfahren³⁵. Die Prorogationsabrede ist nach Gesetz nur gültig, wenn sie in schriftlicher Form und vor Rechtshängigkeit der Klage erfolgt. Ob dem angerufenen Gericht zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Klage die sachliche Zuständigkeit fehlt³⁶, muss es gemäss § 108 ZPO von Amtes wegen prüfen, ohne dass es grundsätzlich noch einer Stellungnahme des Beklagten bedürfte³⁷. Allerdings hat das Gericht – wie bereits erwähnt – den Kläger vor der Zurückweisung der Klage zur Zuständigkeitsfrage gleichwohl anzuhören, und es hat gemäss § 108 Satz 2 ZPO zur Verbesserung des Mangels der Zuständigkeit das Geeignete anzuordnen. Letzteres besteht darin, dass es dem Kläger in solchen Fällen Frist ansetzt, um einen Antrag auf Ueberweisung des Prozesses an das zuständige Gericht zu stellen³⁸.

Etwas anders liegen die Dinge dort, wo ausnahmsweise die sachliche Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichts noch durch die Einlassung des Beklagten gesetzlich begründet werden kann. Das ist einerseits gemäss § 13 Abs. 2 GVG möglich; nach dieser Bestimmung werden die ordentlichen Gerichte anstelle der Arbeitsgerichte zuständig, wenn der

35 § 43 Abs. 3 GVG. Hier handelt es sich um den einzigen Fall, wo mittels Prorogation die funktionelle Zuständigkeitsordnung verändert werden kann (vgl. dazu Walder, PE, S. 55).

36 Wie beim Gerichtsstand (§ 16 ZPO) bestimmt sich auch die sachliche Zuständigkeit des Gerichts nach den Verhältnissen zu diesem Zeitpunkt (vgl. Sträuli/Messmer, N 8 zu § 17 und N 2 zu § 18 ZPO).

37 So nun auch ein Entscheid der III. Zivilkammer des Obergerichts vom 19.4.1979 (SJZ 76 (1980) S. 47). § 111 ZPO (Erhebung der Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts durch den Beklagten) stellt unter diesen Voraussetzungen lediglich eine Ordnungsvorschrift dar (vgl. aber den folgenden Abschnitt im Text).

38 Sträuli/Messmer, N 12 zu § 108 ZPO. Ferner SJZ 76 (1980) S. 47 Spalte 2 oben. Nach § 112 ZPO hätte auch das Obergericht vorzugehen, wenn es mangels einer gültigen Prorogation oder wegen Nichterreichens des erforderlichen Streitwerts funktionell unzuständig wäre (vgl. § 43 Abs. 3 GVG). § 194 GVG greift hier (entgegen Sträuli/Messmer, N 4 zu § 112 ZPO) nicht Platz.

Beklagte nicht rechtzeitig die Einrede der Unzuständigkeit erhebt³⁹. Andererseits begründet der Beklagte auch gemäss § 240 ZPO durch seine vorbehaltlose Einlassung vor einem Schiedsgericht dessen sachliche Zuständigkeit anstelle derjenigen der staatlichen Gerichte. In diesen Fällen muss das Gericht dem Beklagten Gelegenheit zur Einlassung geben und hat deshalb seine Zuständigkeit erst auf dessen Einrede hin zu überprüfen (§ 111 Abs. 1 ZPO), wobei es den Kläger dazu vor dem Zuständigkeitsentscheid anhören muss; diesem steht es folglich frei, in diesem Stadium einen Ueberweisungsantrag gemäss § 112 ZPO zu stellen.

Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts kann nachträglich noch infolge Veränderung des Streitwerts (bei Widerklagen oder nicht auf Geldzahlung gehenden Klagen mit zu hoch geschätztem Streitwert) wegfallen. Dies hat – wie bereits früher erwähnt – zur Folge, dass der Prozess von Amtes wegen dem zuständigen Gericht zur Weiterführung überwiesen wird (§§ 22 Abs. 3 und 60 Abs. 1 ZPO); § 112 ZPO gelangt nicht zur Anwendung.

Im übrigen ist eine Klageänderung gemäss § 61 Abs. 1 ZPO nur im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts erlaubt und kann deshalb nicht dessen nachträgliche sachliche Unzuständigkeit bewirken. Im Unterschied zur Widerklage ist eine abgeänderte Klage, deren Streitwert die sachliche Zuständigkeit des Gerichts übersteigt, nicht zu überweisen, sondern es ist auf sie nicht einzutreten. Nach § 26 ZPO verändert ferner auch die richterliche Trennung und Vereinigung von Prozessen die sachliche Zuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts nicht mehr; eine Prozessüberweisung fällt somit ausser Betracht. Früher liess die Praxis zu, dass die vom Einzelrichter im ordentlichen Verfahren vereinigt-

39 Gilt allein die Tatsache der Nichterhebung der Unzuständigkeitseinrede als Einlassung, so werden die ordentlichen Gerichte auch im Falle der Totalsäumnis des Beklagten sachlich zuständig (vgl. Guldener, ZPR, S. 86 Anm. 51). Ob auch das Handelsgericht als Sondergericht gemäss § 13 Abs. 2 GVG durch die Einlassung des (am Verfahren teilnehmenden) Beklagten sachlich zuständig werde, wurde vom Handelsgericht in ZR 76 Nr. 76 Erw. 3.3 und 4 offen gelassen.

ten Prozesse an das Kollegialgericht überwiesen wurden, wenn die Streitwertsumme die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters überstieg⁴⁰.

II. Der Ueberweisungsantrag gemäss § 112 ZPO

A) Wesen und grundsätzliche Bedeutung

Im Rahmen der Anhörung des Klägers zur Zuständigkeitsfrage hat das Gericht diesem Frist anzusetzen, um gemäss § 112 Abs. 1 ZPO einen Antrag auf Ueberweisung des Prozesses an das zuständige Gericht zu stellen, wenn er die wahrscheinlich oder sicher bevorstehende Unzuständigkeitserklärung des angerufenen Gerichts akzeptieren, also nicht anfechten will. Erhebt der Beklagte im mündlichen Verfahren die Einrede der Unzuständigkeit, ist diese Frist anzusetzen, falls der Kläger das zuständige Gericht in der Verhandlung selbst noch nicht zu bezeichnen vermag, auch wenn er die Begründetheit der Einrede anerkennt und das Gericht an sich sofort über seine Zuständigkeit entscheiden könnte (§ 111 Abs. 1 ZPO). Dem Kläger muss in jedem Fall vor der Unzuständigkeitserklärung die notwendige Zeit zur Verfügung gestellt werden, um das zuständige Gericht herausfinden und genau bezeichnen zu können⁴¹. Dieses Recht ist Bestandteil seines Anspruchs auf rechtliches Gehör hinsichtlich aller die Zuständigkeit betreffenden Fragen. Dass das Gericht den Kläger ausdrücklich auf die Ueberweisungsmöglichkeit aufmerksam macht, geschieht im Interesse einer ökonomischen Prozessgestaltung, wird dadurch doch ein formeller Nichteintretensentscheid zufolge Unzu-

40 ZR 53 Nr. 147.

41 Bezüglich der Dauer richterlicher Fristen vgl. § 190 GVG und – für ihre Erstreckung – § 195 Abs. 1 GVG. Sind zeitintensive Erhebungen über den Wohnsitz einer Person oder die Gerichtsorganisation eines andern Kantons vonnöten, ist dies bei der Ansetzung der Frist zu berücksichtigen (Sträuli/Messmer, N 6 lit. a zu § 112 ZPO).

ständigkeit umgangen und die Klage direkt dem zuständigen Gericht zur Erledigung zugeleitet⁴². Dem rechtsunkundigen Kläger sollte das Gericht die Wirkungen des Ueberweisungsantrages erläutern. Wird innert Frist kein Antrag gestellt, erlässt das Gericht im Falle seiner Unzuständigkeit einen Nichteintretensentscheid.

Der Ueberweisungsantrag ist seinem Wesen nach ein Prozess- und kein Sachantrag; er bezieht sich lediglich auf den Gang des Verfahrens und nicht auf den vom Kläger erhobenen Anspruch⁴³. Daraus folgt, dass er ohne weiteres auch noch nach Abschluss der Hauptverhandlung oder erst in der Rechtsmittelinstanz gestellt werden kann, wenn sich die Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts in diesen Prozessstadien ergibt; die §§ 114 und 115 ZPO sind nicht anwendbar. Wird der Antrag innert der vom Richter angesetzten Frist zurückgezogen, so bedeutet das nicht endgültigen Verzicht; er darf erneuert oder abgeändert werden⁴⁴. Indessen ist nicht einzusehen, weshalb der Kläger berechtigt sein soll, den Ueberweisungsantrag noch nach dem Nichteintretensentscheid des angerufenen Gerichts zu stellen⁴⁵. Es handelt sich dabei um einen Endentscheid; ist dieser durch das Gericht gefällt und eröffnet worden, ist der Prozess in erster Instanz erledigt, weshalb es nicht mehr darauf zurückkommen und ihn abändern darf⁴⁶. Auf nichts anderes läuft es aber hin-

42 Es erfolgt wegen der Ueberweisung keine Zurückweisung der Klage (absolutio ab instantia). Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb das unzuständige Gericht vor der Ueberweisung noch einen formellen Nichteintretensentscheid auszufällen hat (so Sträuli/Messmer, N 5 zu § 112 und N 11 zu § 188 ZPO). Der Mangel der Zuständigkeit kann mit der Ueberweisung verbessert werden und führt deshalb nicht zu einer Prozesserledigung in erster Instanz. Das Verfahren wird auch bei der Substitution des erstinstanzlichen unzuständigen Gerichts durch das zuständige unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der Klage bis zum Sachentscheid fortgesetzt. Es bildet eine einheitliche Instanz. Mit dem Ueberweisungsentscheid wird lediglich der Verfahrensabschnitt abgeschlossen, in dem das Erstgericht seine Unzuständigkeit feststellt.

43 Rosenberg-Schwab, S. 337; Schalch, S. 16.

44 Rosenberg-Schwab, S. 338; Guldener, ZPR, S. 234 Anm. 28a.

45 Wie bei Sträuli/Messmer, N 5 zu § 112 ZPO, vorgeschlagen wird.

46 Guldener, ZPR, S. 301.

aus, wenn es nachher noch die Prozessüberweisung gemäss § 112 ZPO anordnet. Damit wird der Nichteintretensentscheid in seinem Hauptpunkt insofern abgeändert, als der angehobene Prozess nun in erster Instanz (die alle erstinstanzlich zuständigen Gerichte umfasst) keineswegs mehr erledigt wird; im Gegenteil kann dieser ohne Klagenueanhebung in dem Stadium, in dem er sich gerade befindet, durch das Zweitgericht fortgesetzt werden, wobei die Rechtshängigkeit der Klage bestehen bleibt (§ 112 Abs. 3 ZPO). Eine solche Anordnung ist deshalb nach der endgültigen Erledigung des Prozesses in erster Instanz durch das angerufene Gericht nicht mehr zulässig; in diesem Stadium darf es folglich den Ueberweisungsantrag des Klägers nicht mehr entgegennehmen, mit dem dieser nur auf den Gang eines noch unerledigten Verfahrens einwirken und einen formellen Nichteintretensentscheid zufolge Unzuständigkeit verhindern kann. Nach dessen Eröffnung bleibt ihm nurmehr übrig, dagegen Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen und die Ueberweisung in zweiter Instanz erneut zu beantragen, sofern diese die Unzuständigkeit der Vorinstanz bestätigt, oder er muss es beim Nichteintretensentscheid bewenden lassen und die Klage beim zuständigen Gericht neu anheben (falls inzwischen keine Klagefrist abgelaufen ist).

Abgesehen von seiner prozessrechtlichen Unzulässigkeit führt ein Ueberweisungsnachverfahren (nach formellem Nichteintretensentscheid mitsamt Kostenfolgen) auch zu grossen Komplikationen. So fragt es sich, ob das Gericht, versäumt der Kläger den Antrag, dies in einem weiteren Beschluss noch vorzumerken und den Parteien mitzuteilen hätte oder ob es einfach beim Nichteintretensentscheid bliebe. Zudem hätte das Gericht bei rechtzeitiger Antragsstellung erneut zusammenzutreten und einen entsprechenden Ueberweisungsbeschluss (wohl mit eigenem Kosten-dispositiv) zu fassen⁴⁷.

⁴⁷ Auszug aus dem Rechenschaftsbericht des Obergerichts über das Jahr 1977, S. 8: "Das Institut der Prozessüberweisung nach § 112 ZPO hat sich grundsätzlich bewährt, doch wird das hiefür vorgesehene Verfahren (formeller Nichteintretensentscheid samt Kostenfolgen und Fristansetzung an den Kläger) als reichlich kompliziert erachtet."

Der Ueberweisungsantrag ist naturgemäss ein bedingter Antrag, der erst im Falle der Unzuständigkeitserklärung des Gerichts seine Wirkung entfaltet. Hält sich dieses für zuständig, tritt die Bedingung nicht ein, der Antrag erledigt sich von selbst; er braucht nicht etwa formell abgelehnt zu werden. Prozesshandlungen der Parteien dürfen im allgemeinen nicht an Bedingungen geknüpft werden. Diese Regel gilt jedoch dann nicht, wenn der Eintritt bzw. Nichteintritt der Bedingung von einer innerprozessualen Tatsache abhängt, die sich – wie vorliegend – ohne weiteres ergibt und deshalb keine unzulässige Unsicherheit ins Verfahren bringt⁴⁸.

Im Antrag auf Ueberweisung liegt kein Verzicht auf die Anfechtung des Ueberweisungsentscheides. Hat der Kläger den Antrag vorsorglicherweise gestellt, kommt er letztlich aber doch zum Schluss, die Unzuständigkeitserklärung des von ihm angerufenen Gerichts erfolge zu Unrecht, so muss er einen derart schwerwiegenden Mangel trotz seines Antrags bei der übergeordneten Instanz rügen können. Ein Vorausverzicht auf die Anfechtung erschiene, wäre ein solcher Mangel wirklich vorhanden, geradezu als sittenwidrig⁴⁹.

Lässt man bei jeder örtlichen oder sachlichen Unzuständigkeitserklärung eines Gerichts die Prozessüberweisung allgemein zu⁵⁰, so ist es besser, sie nur auf Antrag des Klägers und nicht von Amtes wegen vorzunehmen (wie dies in den speziellen Fällen bei erst nachträglich eintretender sachlicher Unzuständigkeit gemäss §§ 22 Abs. 3 und 60 Abs. 1 ZPO der Fall ist). Damit ist der Kläger davor geschützt, dass seine Klage möglicherweise gegen seinen Willen einem bestimmten Gericht überwiesen wird, vor welchem er gar nicht prozessieren will⁵¹. Auf diese Weise wird

48 Guldener, ZPR, S. 211; Schalch, S. 17.

49 Guldener, ZPR, S. 514 f.; Menzel, S. 33 ff..

50 Wie dies nun § 112 ZPO vorsieht.

51 Grunsky, S. 355. Anders als im Privatrecht stellt sich die Situation im öffentlichen Recht dar, wo der Bürger zwangsweise in ein Verfahren (z. B. steuerrechtlich) einbezogen wird und wo deshalb im Unzuständigkeitsfall die Ueberweisung von Amtes wegen folgerichtig ist.

der Grundsatz der Parteidisposition eingehalten. Zudem stellt sich, da der Kläger im Antrag das zuständige Gericht selbst zu bezeichnen hat, die Frage nicht, ob das unzuständige Gericht allenfalls für die Folgen einer Falschüberweisung haftbar gemacht werden könnte. Es hat sich mit der Zuständigkeitsabklärung nach der positiven Seite hin nicht zu befassen, und es ist klar, dass der Kläger allein das Ueberweisungsrisiko trägt, gleich, wie wenn er die Klage selbst beim zuständigen Gericht neu einleiten müsste. Dies ist besonders wichtig angesichts des Umstandes, dass die Ueberweisung auch an das Gericht eines andern Kantons erfolgt.

Gemäss § 112 Abs. 1 ZPO darf der Prozess ausdrücklich nur auf Antrag des Klägers und keinesfalls ohne Vorliegen eines solchen oder auf Antrag des Beklagten überwiesen werden⁵², obwohl letzterer durchaus auch ein Interesse an der Fortsetzung des Prozesses haben kann. Ein in Missachtung dieser Bestimmung ergangener Ueberweisungsentscheid verletzt die Dispositionsmaxime und ist von der übergeordneten Instanz aufzuheben. Es ist lediglich ein Nichteintretensentscheid auszufällen. Lässt es der Kläger dabei bewenden, bleibt dem Beklagten nur die Erhebung einer negativen oder positiven Feststellungsklage^{52a} übrig.

B) Die genaue Bezeichnung des zuständigen Gerichts

Der Kläger muss das von ihm als zuständig erachtete Gericht sowohl in örtlicher als auch in sachlicher Beziehung genau bezeichnen. Stellt er den Ueberweisungsantrag wohl rechtzeitig, ist die Bezeichnung aber ungenau, so muss ihm gemäss § 55 ZPO Gelegenheit zur Behebung des Mangels gegeben werden unter der Androhung, dass sonst die Ueberweisung unterbleibe (§ 196 GVG). Ein allgemeiner Antrag des Inhalts, der Prozess sei an das zuständige Gericht in Zürich zu überweisen, wäre

52 Wie z. B. in Deutschland gemäss § 506 DZPO.

52a Positive Feststellungs- oder allenfalls Leistungsklage dann, wenn die Klage selber eine negative Feststellung verlangte.

zu unbestimmt und müsste präzisiert werden, desgleichen ein Antrag auf Ueberweisung "an das zuständige Bezirksgericht im Kanton Zürich". Der Richter darf die genaue Bezeichnung nicht anstelle des Klägers vornehmen; er sollte jedoch vor allem der rechtsunkundigen Partei behilflich sein (soweit er überhaupt dazu imstande ist), das zuständige Gericht zu eruieren, wobei er aber unmissverständlich darauf hinzuweisen hat, dass solche Auskünfte in jeder Hinsicht unverbindlich seien und der Antrag auf eigene Verantwortung gestellt werde. Geschieht dies während der Verhandlung, ist der Antrag genau zu protokollieren. Da die Ueberweisung ein einseitiges Sonderverfahren innerhalb des Prozesses darstellt, ist der Beklagte davon ausgeschlossen; er hat in dieser Frage keinesfalls einen Anspruch auf rechtliches Gehör.

Hat der Kläger gemäss § 63 GVG das Bezirksgericht anstelle des Handelsgerichts gewählt, ist ersteres aber örtlich unzuständig, darf er nur die Ueberweisung an das zuständige (namentlich bezeichnete) Bezirksgericht beantragen, da er sein Wahlrecht bereits konsumiert hat; dieses entsteht mit der Ueberweisung nicht etwa von neuem, weil dadurch die Klage rechtshängig und somit die gewählte sachliche Zuständigkeit fixiert bleibt. Beharrt der Kläger auf der Ueberweisung an das Handelsgericht, ist diese abzulehnen und auf die Klage nicht einzutreten.

Die Ueberweisung erfolgt grundsätzlich auch an ein Schiedsgericht⁵³. Ist dieses institutionalisiert, muss der Kläger dessen Name und den Sitz genau angeben. Fraglich ist die Zulässigkeit einer Prozessüberweisung an ein ad hoc zu bildendes Schiedsgericht, da dieses naturgemäss zum Zeitpunkt der Unzuständigkeitserklärung noch nicht bezeichnet werden kann. Sträuli/Messmer (N 6 zu § 112 ZPO) halten eine solche Ueberweisung für zulässig, wenn der Kläger binnen der (allenfalls zu verlängernden) Antragsfrist die in § 246 ZPO vorgeschriebenen Schritte unternimmt und den Schiedsvertrag oder die Schiedsabrede dem überweisen-

⁵³ Sträuli/Messmer, N 6 lit. b zu § 112 ZPO. Ebenso an ein prorogiertes Gericht (§ 11 ZPO).

den Gericht einreicht. Allerdings dürfte diese richterliche Frist, da sie vor dem Erlass des Unzuständigkeits-, bzw. Ueberweisungsentscheides angesetzt werden muss, nicht mehrmals erstreckt werden, wenn sich die Konstituierung und damit die genaue Bezeichnung des Schiedsgerichts zu lange hinzieht. Diesfalls hätte die Ueberweisung zu unterbleiben und das staatliche Gericht hätte sich zufolge der Berufung auf die Schiedsklausel für sachlich unzuständig zu erklären, muss es doch gemäss § 53 ZPO für eine beförderliche Prozesserledigung sorgen.

C) Keine offensichtliche Unzuständigkeit des
bezeichneten Gerichts

Nach § 112 Abs. 1 ZPO wird der Prozess nur überwiesen, wenn das im klägerischen Antrag bezeichnete Gericht nicht offensichtlich unzuständig ist. Auf Grund dieser Formulierung ist es dem Erstgericht absolut verwehrt, den Prozess entgegen dem Antrag an das von ihm selbst für offensichtlich zuständig gehaltene Zweitgericht zu überweisen⁵⁴. Es soll keinesfalls für eine nicht ganz auszuschliessende Falschüberweisung verantwortlich gemacht werden können; der Kläger bestimmt allein, wo er klagen will. Dieses Argument entfällt allerdings bei den Ueberweisungen von Amtes wegen (§§ 22 Abs. 3 und 60 Abs. 1 ZPO), denen eine erst nachträgliche Veränderung der sachlichen Zuständigkeit wegen des Streitwerts zugrunde liegt und wo das zuständige Gericht mit Sicherheit bestimmt werden kann. Bei den Ueberweisungen auf Antrag des Klägers ist das Gericht indessen lediglich befugt, in negativem Sinne zu reagieren und mit Sicherheit falsche Ueberweisungen abzulehnen⁵⁵. Allenfalls

54 Sträuli/Messmer, N 6 lit. b zu § 112 ZPO.

55 Abzulehnen hätte es die Ueberweisung auch, wenn der Rechtsweg überhaupt nicht zulässig wäre (Sträuli/Messmer, N 6 lit. b zu § 112 ZPO). Immerhin wäre wohl die Ueberweisung einer Klage in den "Verwaltungsrechtsweg" (also an das Verwaltungsgericht) in jenen Fällen zulässig, wo letzteres als einzige Instanz amtiert (vgl. §§ 81 und 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes), wenn eine verwaltungsgerichtliche Klage fälschlicherweise bei einem Zivilgericht erhoben wurde.

kann es dem Kläger vorher nochmals Gelegenheit geben, einen andern Antrag zu stellen⁵⁶. Es hat sich aber nicht zu böswilliger oder mutwilliger Prozessführung einer Partei hinzugeben (§ 50 Abs. 3 ZPO). Diesfalls wäre eine solche Gelegenheit nicht mehr einzuräumen⁵⁷. Missbräuche dürften allerdings nicht zu erwarten sein. Die Konsequenzen einer unsorgfältigen Ermittlung des zuständigen Gerichts treffen in jedem Fall den Kläger selbst. Er riskiert entweder die Zurückweisung der Klage durch das Zweitgericht oder bereits die Ablehnung der Ueberweisung durch das Erstgericht. Letztere geschieht – wie erwähnt – nicht in Form eines selbständigen Entscheides, sondern mit dem Erlass des Nichteintretensentscheides zufolge Unzuständigkeit⁵⁸.

Von einer offensichtlichen Unzuständigkeit darf nur dann gesprochen werden, wenn jeder vernünftige Zweifel ausgeschlossen ist. Demzufolge muss die Ueberweisung an das vom Kläger bezeichnete Gericht selbst bei starken Zweifeln über dessen Zuständigkeit vorgenommen werden. Abzulehnen wäre etwa (ein schon oft bemühtes Extrembeispiel) die Ueberweisung einer Scheidungsklage an das Handelsgericht.

56 Für eine nochmalige Fristansetzung zur Bezeichnung eines andern (dritten) Gerichts auch Walder, Handbuch, S. 96 Anm. 18.

57 So etwa, wenn der Kläger in seinem Antrag ein offensichtlich unzuständiges Gericht bezeichnet hat und begründeter Anlass zur Vermutung besteht, er bemühe sich überhaupt nicht um eine ernsthafte Zuständigkeitsabklärung. Indiz dafür kann sein, dass er sich bereits wenig oder nicht darum gekümmert hat, ob das überweisende Gericht zuständig sei.

58 Der Prozessantrag auf Ueberweisung muss nicht formell abgewiesen werden; er wird durch den Nichteintretensentscheid von selbst erledigt. Es genügt, wenn die Ablehnungsgründe in der Begründung dieses Entscheides genannt werden.

§ 6 DER UEBERWEISUNGSENTSCHEID

I. Die Art des Entscheides und seine Anfechtbarkeit

Dank der Ueberweisung führt die ihr zugrundeliegende Unzuständigkeits-
erklärung des Gerichts nicht mehr zu einer Prozesserledigung; das Ver-
fahren soll im Gegenteil beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht fort-
gesetzt werden können⁵⁹. Die Unzuständigkeit des Erstgerichts (stelle
sie sich nun als das von Amtes wegen wahrzunehmende Nichtvorhanden-
sein einer positiven Prozessvoraussetzung oder als das Vorhandensein
eines erst auf Einrede hin zu berücksichtigenden Prozesshindernisses
(negative Prozessvoraussetzung) dar) kann mit andern Worten innerhalb
des gleichen Verfahrens und ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit
der Klage durch Ueberleitung des Prozesses an das zuständige Gericht
verbessert werden. Der Ueberweisungsentscheid ist demzufolge seiner
Natur nach ein prozessleitender Entscheid, der den Fortgang des Ver-
fahrens innerhalb der ersten (eine Einheit bildenden) Instanz bezweckt.

Nach allgemeiner Regel sind prozessleitende Entscheide durch das er-
kennende Gericht abänderbar (selbst wenn sie bereits in formelle
Rechtskraft erwachsen sind), falls sie sich im nachhinein als fehlerhaft
erweisen⁶⁰. Da das Erstgericht infolge der dem Ueberweisungsentscheid
zugrunde liegenden Unzuständigkeitserklärung indes seine Eigenschaft als
erkennendes Gericht verliert, darf es auf seinen Entscheid nicht zurück-
kommen; es hat damit seine Tätigkeit in der betreffenden Materie be-

59 "... das Bundesrecht zwingt die Kantone nicht, bei Unzuständigkeit
die Klage von der Hand zu weisen; diese sind vielmehr befugt, für
Klagen, die bei einer sachlich nicht zuständigen Instanz eingeleitet
wurden, die Weiterleitung an die zuständige Stelle vorzusehen, ..." (Zitat nach Walder, PE, S. 46f.). Das gleiche muss auch bei einem
örtlich nicht zuständigen Gericht gelten. Die absolutio ab instantia
wird demzufolge vermieden. Die Klage muss aber durch die Ueber-
weisung rechtshängig bleiben (vgl. BGE 75 III 75).

60 Vgl. dazu Guldener, ZPR, S. 301 f..

endet⁶¹. Im Dispositiv braucht die Unzuständigkeit als Voraussetzung der Ueberweisung nicht ausdrücklich festgehalten zu werden; sie ergibt sich sinngemäss daraus. Allerdings muss sie zweifelsfrei aus der Begründung des Entscheides hervorgehen⁶². Die Abschreibung des Prozesses durch das überweisende erstinstanzliche Gericht besagt somit lediglich, dass das Verfahren bei diesem als Teil der ersten Instanz nicht mehr anhängig ist⁶³. Es wird jedoch dadurch als solches nicht erledigt, sondern durch das zuständige Gericht in dieser Instanz fortgesetzt, wobei die Klage rechtshängig bleibt⁶⁴.

Prozessleitende Entscheide von Kollegialbehörden ergehen in der Form eines Beschlusses, solche von Einzelbehörden in derjenigen einer Verfügung (§ 155 GVG). Ueberweisungsbeschlüsse bzw. -verfügungen der Kollegialgerichte bzw. der Einzelrichter wären – qualifiziert man sie richtigerweise als prozessleitende Zwischenentscheide – nach dem Wortlaut des Gesetzes nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit § 281 Ziff. 1 ZPO anfechtbar⁶⁵. Werden sie zu Unrecht erlassen, so droht für den Kläger ein schwer wieder-

61 So auch Haemmerli, S. 58.

62 Schalch, S. 19.

63 Mit der Anhängigkeit wird nur das tatsächliche Befasstsein eines Gerichts mit einem Verfahren bezeichnet, im Unterschied zur Rechtshängigkeit, die die Befestigung gewisser Grundlagen des Prozesses bewirkt (Guldener, ZPR, S. 239).

64 Verwendet man den Begriff der Instanz allerdings nicht zur Bezeichnung des Ueber- und Unterordnungsverhältnisses der verschiedenen Gerichte, sondern als Synonym für den Verfahrensabschnitt vor einem bestimmten Gericht, könnte man von einer "Erledigung der Instanz" sprechen. Der Begriff ist jedoch gerade im Zusammenhang mit der Ueberweisung nicht in diesem Sinne zu verwenden.

65 Anders, wenn man den Ueberweisungs- als prozesserledigenden Entscheid bezeichnet; dann wäre sowohl der Rekurs gemäss § 271 Abs. 1 Ziff. 2 bzw. § 272 Abs. 1 als auch die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO zulässig (so Sträuli/Messmer, N 10 zu § 271, N 4 zu § 272, N 2 zu § 221 und N 17 zu § 281 ZPO), der Rekurs indessen nur, sofern der erforderliche Streitwert erreicht würde (vgl. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 271 und N 7 zu § 272 ZPO).

gutzumachender Nachteil infolge Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze einzutreten⁶⁶.

Der Rekurs gegen Ueberweisungsentscheide scheint im ordentlichen Verfahren gestützt auf die in § 271 ZPO genannten Voraussetzungen überhaupt nicht zulässig zu sein. Gemäss Abs. 1 Ziff. 3 dieser Bestimmung können Beschlüsse der Bezirksgerichte, der Arbeitsgerichte und der Mietgerichte sowie Verfügungen der Einzelrichter auf Grund von § 189 ZPO mit Rekurs angefochten werden. § 189 ZPO betrifft indessen nur Vorentscheide, welche der Richter nach seinem Ermessen erlassen kann, wenn es die Umstände rechtfertigen und dadurch das Verfahren vereinfacht wird; grundsätzlich steht es ihm aber frei, keinen solchen Entscheid zu erlassen und die Gesamterledigung aller Vorfragen und Einreden erst im Endentscheid vorzunehmen⁶⁷. Ueberweisungsentscheide fallen nicht unter diese Bestimmung und sind deshalb auch nicht gemäss § 271 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO rekurrabel⁶⁸, können sie doch ihrer Natur nach nicht bis zum Endentscheid aufgeschoben werden, da der Richter nach Eingang der Klage von Amtes wegen oder auf Einrede des Beklagten hin über seine Zuständigkeit befinden muss (§§ 108 und 111 Abs. 1 ZPO). Nur § 271 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO handelt von denjenigen Fragen, die nicht bis zum Endentscheid aufgeschoben werden können. Hier wird unter den

66 Erklärt sich das Gericht zu Unrecht für unzuständig, verletzt es einen wichtigen Verfahrensgrundsatz und das andere Gericht wird die Klage infolge Unzuständigkeit mitsamt Kostenfolgen zum Nachteil des Klägers zurückzuweisen haben (Nichtigkeitsbeschwerde gestützt auf § 282 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit § 281 Ziff. 1 ZPO). Denkbar wäre auch der Fall, dass der Prozess ohne Vorliegen eines klägerischen Antrags oder entgegen dem darin bezeichneten an ein anderes Gericht überwiesen wird. Dann dürfte dieses auf die Klage wegen nicht gehöriger Einleitung nicht eintreten; der Ueberweisungsentscheid selbst wäre, weil er auf einer willkürlichen tatsächlichen Annahme gemäss § 281 Ziff. 2 ZPO beruht, mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar. Solche Fälle dürften in der Praxis indes wohl kaum vorkommen.

67 Sträuli/Messmer, N 6 zu § 189 ZPO.

68 Deshalb unzutreffend ein unveröffentlichter Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 4.7.1978 in Sachen D. ca. YT GmbH.

verschiedenen, abschliessend aufgezählten prozessleitenden Entscheiden, die mit dem Rekurs anfechtbar sind, derjenige erwähnt, mit dem eine Unzuständigkeitseinrede verworfen wird. Dem Ueberweisungsentscheid liegt indessen gerade der gegenteilige Tatbestand, nämlich die Gutheissung einer solchen Einrede (oder die Wahrnehmung der Unzuständigkeit von Amtes wegen), zugrunde. Da nun aber dieser Tatbestand wegen der Ueberweisung nicht zu einer Prozesserledigung führt, sondern genau gleich wie bei demjenigen der Verwerfung einer Unzuständigkeitseinrede einen den Fortgang des Verfahrens sichernden prozessleitenden Entscheid zur Folge hat, ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Ueberweisungsentscheid im ordentlichen Verfahren gestützt auf § 271 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO rekursfähig sein sollte. Er erfüllt dieselbe Funktion wie der die Unzuständigkeitseinrede verwerfende Entscheid, mit dem Unterschied, dass nun nicht das erstangerufene Gericht den Prozess fortführt, sondern das gleichrangige Zweitgericht, sofern es seine eigene Zuständigkeit bejaht. Deshalb ist m.E. der Rekurs gegen den Ueberweisungsentscheid gestützt auf die obgenannte Bestimmung zulässig⁶⁹. Nicht rekursfähig sind indessen die prozessleitenden Verfügungen des bezirksgerichtlichen Einzelrichters im summarischen Verfahren, da hier der Rekurs gemäss § 272 Abs. 1 ZPO nur gegen Erledigungsentscheide zugelassen wird, sofern hinsichtlich des Streitwerts die Voraussetzungen gegeben sind⁷⁰. Solche Ueberweisungsverfügungen⁷¹ sind mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar (§§ 282 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit 281 Ziff. 1 ZPO)⁷².

69 Gegen den Entscheid eines Schiedsgerichts, womit dieses den Prozess einem staatlichen Gericht überweist, ist der Zuständigkeitsrekurs gemäss § 241 Abs. 2 ZPO gegeben (vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 1 und 3 (am Ende) zu § 241 ZPO).

70 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 272 ZPO.

71 Sie sind auch im summarischen Verfahren durchaus denkbar (vgl. §§ 204 und 205 ZPO und Sträuli/Messmer, N 2 zu § 205 ZPO).

72 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 282 ZPO. Bezüglich der Ueberweisung vom summarischen ins ordentliche Verfahren infolge Illiquidität gemäss § 221 ZPO vgl. hinten 4. Teil § 12.

Stellt die Rekursinstanz die Unzuständigkeit der Vorinstanz fest, kann sie den Prozess auf Antrag des Klägers gemäss § 112 ZPO direkt dem zuständigen erstinstanzlichen Gericht überweisen⁷³. Verletzt dieser zweitinstanzliche Ueberweisungsentscheid bundesrechtliche Vorschriften über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit, so kann er mit der Berufung bzw. Nichtigkeitsbeschwerde und subsidiär mit der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden⁷⁴.

Vor der Ueberweisung der Prozessakten ist die formelle Rechtskraft des Entscheides abzuwarten. Sie tritt dann ein, wenn dieser weder selbständig noch in Verbindung mit der Endentscheidung durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden kann⁷⁵. Ist gegen den Ueberweisungsentscheid der Rekurs als ordentliches Rechtsmittel zulässig, so tritt die Rechtskraft nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist (§ 276 Abs. 1 ZPO) ein. Kann er nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentlichem Rechtsmittel angefochten werden, so wird er mit seiner Ausfällung rechtskräftig⁷⁶. Das überweisende Gericht entscheidet diesfalls über seine Zu- bzw. Unzuständigkeit endgültig, der Ueberweisungsentscheid kann nicht mehr in Verbindung mit der Endentscheidung des zuständigen Zweitgerichtes durch ein ordentliches Rechtsmittel angefochten werden. Dieses befindet selbständig und völlig frei über seine eigene Zuständigkeit, dem Ueberweisungsentscheid kommt diesbezüglich keine bindende Wirkung zu⁷⁷. Das Zweitgericht müsste den überwiesenen Prozess aber solange sistie-

73 Sträuli/Messmer, N 2 (am Ende) zu § 280 ZPO.

74 Art. 49 bzw. 68 Abs. 1 lit. b und 84 Abs. 1 lit. d OG. Vgl. Sträuli/Messmer, N 6 zu § 111 ZPO (mit Zitaten). Handelt es sich nicht um bundesrechtliche Zuständigkeitsvorschriften, ist die kantonale rechtliche Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281 Ziff. 1 ZPO zulässig (vgl. Sträuli/Messmer, N 6 zu § 281 ZPO).

75 Guldener, ZPR, S. 301 Anm. 13.

76 Vgl. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 190 ZPO; Guldener, ZPR, S. 328.

77 Vgl. aber vorne S. 47 Anm. 66.

ren (§ 53 Abs. 2 ZPO), als eine gegen den Ueberweisungsentscheid eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde unerledigt ist⁷⁸.

Was die Form und die Mitteilung des Ueberweisungsentscheides anbelangt, ist m.E. darauf abzustellen, dass dieser das Verfahren in erster Instanz nicht als solches, wohl aber für das Erstgericht erledigt; letzteres muss deshalb den Parteien den Entscheid auch nach seiner mündlichen Eröffnung noch schriftlich mitteilen (§ 185 GVG) und es hat ihn wegen der ihm zugrunde liegenden Unzuständigkeitserklärung zu begründen (§ 157 GVG). Die Rechtsmittelfrist (vgl. §§ 276 Abs. 1 und 287 Abs. 2 ZPO) beginnt somit erst von der Zustellung des schriftlich begründeten Entscheides an zu laufen.

II. Die Rück- und Weiterüberweisung

Erklärt sich das Zweitgericht ebenfalls für unzuständig, so fragt es sich, ob es, wenn es das überweisende Erstgericht für zuständig hält, den Prozess auf Antrag des Klägers zurücküberweisen darf. Das erscheint jedoch als wenig sinnvoll⁷⁹. Das Zweitgericht muss – überweisungsrechtlich betrachtet – vielmehr von der Tatsache ausgehen, dass das Erstgericht mit dem Ueberweisungsentscheid seine Tätigkeit in der betreffenden Materie endgültig abgeschlossen hat. Das Ueberweisungsinstitut ist seinem Wesen nach nicht zur Behebung negativer Kompetenzkonflikte geeignet. Deshalb hätte das Zweitgericht einen Rücküberweisungsantrag des Klägers abzulehnen, was implicite durch seinen Nichteintretensentscheid

78 Das Vorgehen eines ausserkantonalen Zweitgerichts richtet sich indessen einzig und allein nach seinem eigenen Prozessrecht. Die Einreichung der zürcherischen Nichtigkeitsbeschwerde vermag daran nichts zu ändern. Es sollte deshalb bis nach Ablauf der Frist zu deren Einreichung mit der Zustellung der Prozessakten an ein ausserkantonales Gericht zugewartet werden.

79 So auch Walder, PE, S. 56. Anders ZR 53 Nr. 147.

geschähe; es muss das Erstgericht gemäss dessen eigenem Entscheid, über den es nicht zu befinden hat, im Sinne von § 112 Abs. 1 ZPO als "offensichtlich unzuständig" betrachten und darf nicht durch das Zulassen der Rücküberweisung indirekt seine Ansicht kundtun, es halte das Erstgericht mindestens nicht für offensichtlich unzuständig.

Der negative Kompetenzkonflikt muss aber von der übergeordneten Instanz entschieden werden können. Deshalb muss es auch erlaubt sein, mit dem gegen die Unzuständigkeitserklärung des Zweitgerichts zur Verfügung stehenden Rechtsmittel eventualiter (falls die Unzuständigkeit durch die obere Instanz bestätigt wird) geltend zu machen, das Erstgericht habe die Klage zu behandeln, falls es sich als zuständig erweist⁸⁰. Unter diesen Umständen hätte die obere Instanz direkt die Rückweisung (diese hat nichts mit einer eigentlichen Ueberweisung zu tun) des Prozesses an das Erstgericht anzuordnen⁸¹.

Erklärt sich das Zweitgericht für unzuständig und beantragt der Kläger die Ueberweisung des Prozesses an ein drittes Gericht, so dürfte eine solche Weiterüberweisung grundsätzlich zulässig sein⁸², wenn das Drittgericht nicht offensichtlich unzuständig ist. Dass sich das Erstgericht nicht mehr mit dieser Weiterüberweisung zu befassen hat, folgt daraus, dass für es das Verfahren erledigt ist⁸³. Solche Weiterüberweisungen dürften in der Praxis jedoch selten vorkommen.

80 Walder, PE, S. 56.

81 Damit findet eine Durchbrechung der Regel gemäss § 104 Abs. 2 GVG statt, wonach eine Rückweisung nur an dasjenige untergeordnete Gericht erfolgen darf, dessen Entscheid angegriffen wurde. Eine andere Lösung ist jedoch, da der negative Kompetenzkonflikt unter allen Umständen muss behoben werden können, in Anbetracht der besonderen Situation bei der Ueberweisung nicht denkbar.

82 Das gilt sowohl inner- als auch interkantonal. Handelt es sich um ein ausserkantoniales Zweitgericht, so bestimmt sich die Zulässigkeit einer Weiterüberweisung nach dessen Prozessordnung (Sträuli/Messmer, N 6 lit. c zu § 112 ZPO). Gegen eine Weiterüberweisung Schalch, S. 87.

83 Sträuli/Messmer, N 6 lit. c zu § 112 ZPO (allerdings nicht – wie hier angeführt – durch einen formellen Nichteintretensentscheid, sondern durch den Ueberweisungsentscheid, mit dem es seine Tätigkeit in der betreffenden Materie abgeschlossen, das Verfahren als solches

III. Die Ueberweisung eines Teils des Prozesses

Umfasst ein Prozess mehrere Klagen, an denen entweder die beiden gleichen oder aber verschiedene Personen beteiligt sind, so liegt im ersten Fall eine objektive, im letzteren eine subjektive Klagenhäufung vor⁸⁴. Das angerufene Gericht muss für sämtliche Klagen örtlich und sachlich zuständig und es muss für diese die gleiche Verfahrensart vorgesehen sein, damit die Klagenhäufung zulässig ist⁸⁵. Erklärt sich das Gericht für die Behandlung einer oder mehrerer der Klagen als nicht zuständig, so kann es sie, liegt ein entsprechender Antrag seitens des Klägers bzw. der Kläger vor, an das zuständige Gericht überweisen⁸⁶. Ist aber für eine oder mehrere der Klagen nicht die gleiche Verfahrensart vorgesehen, darf das Gericht auf sie nicht eintreten (beispielsweise ist es nicht zulässig, eine Ehescheidungsklage mit einer nicht auf Ehegüterrecht beruhenden Forderungsklage oder eine Klage, die dem Sühnverfahren unterliegt, mit einer solchen, bei der dieses Verfahren ausgeschlossen ist, zu verbinden). Soweit für die sachliche Zuständigkeit der Streitwert massgebend ist, ist folgendes zu berücksichtigen: im Falle der Klagenhäufung bestimmt sich der Streitwert gemäss § 19 Abs. 1 ZPO nach dem Wert aller Rechtsbehörden, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen.

in erster Instanz jedoch nicht erledigt hat). Unzutreffend der dortige Hinweis auf Leuch, N 5 zu Art. 163 der bernischen ZPO, nach welchem sich das Erstgericht auch mit einer Weiterüberweisung noch zu befassen habe. Denn Art. 163 bern. ZPO stellt keine echte Ueberweisungsvorschrift dar, da der Kläger seine Klage selbst beim zuständigen Zweitgericht innert einer bestimmten Nachfrist einreichen muss, wobei dann als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Klageeinreichung gilt. Diese Fiktion kommt nach Leuch auch im Falle wiederholter Rückweisung und Neueinreichung der Klage zum Zug.

84 § 58 ZPO (objektive Klagenhäufung) und § 40 ZPO (subjektive Klagenhäufung oder einfache Streitgenossenschaft). Vgl. dazu Guldener, ZPR, S. 260f. und 273 ff.; Rosenberg-Schwab, S. 531 ff. und 249 ff..

85 Im Fall der subjektiven Klagenhäufung (§ 40 ZPO) müssen sich die Ansprüche überdies im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen.

86 So Rosenberg-Schwab, S. 252 lit. d und S. 533 (2. b) und Schalch, S. 21.

Ob die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bezüglich der Kompetenzsumme vorhanden ist, hat dieses zum Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Begehren von Amtes wegen zu prüfen⁸⁷. Erweist sich dabei, dass die Klagenhäufung teilweise unzulässig ist, weil das Gericht für die Behandlung eines oder mehrerer der Rechtsbegehren offensichtlich nicht zuständig oder dafür eine andere Verfahrensart vorgeschrieben ist, so entfällt die Voraussetzung für die Addition der betreffenden Streitwerte. Das gleiche gilt, wenn sich die Rechtsbegehren gegenseitig ausschliessen⁸⁸. Ergibt sich deshalb die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts für die Behandlung der verbliebenen Rechtsbegehren, so dürfte es vertretbar sein, diese als übriggebliebene Teile des Prozesses von Amtes wegen analog § 22 Abs. 3 ZPO dem zuständigen Gericht zu überweisen⁸⁹. Damit wird verhindert, dass durch die unzulässige Verbindung mehrerer Klagebegehren oder sich gegenseitig ausschliessender Begehren die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit umgangen werden. Eine spätere Verminderung des Streitwerts (z.B. infolge Anerkennung oder Teilurteil) berührt indessen die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht⁹⁰. Erweist es sich bei Klagenhäufung aus verfahrensmässigen Gründen (Vereinfachung, Beschleunigung des Verfahrens) als zweckmässig, den Rechtsstreit in mehrere Prozesse

87 §§ 18 und 108 ZPO. Vgl. Sträuli/Messmer, N 8 zu § 17 und N 2 zu § 18 ZPO.

88 Das trifft z.B. zu für alternative Rechtsbegehren oder für eine Erfüllung- und eventuelle Schadenersatzklage (vgl. weitere Beispiele bei Sträuli/Messmer, N 3 zu § 19 ZPO).

89 Sträuli/Messmer, N 1 (am Ende) zu § 19 ZPO. Ist ein Bezirksgericht zuständig, so sollte bei Zweifeln über die örtliche Zuständigkeit ein Antrag seitens der Klägerschaft eingeholt werden, ansonst die Ueberweisung zu unterbleiben hätte. Dieser Fall könnte z.B. dann eintreten, wenn ein Bezirksgericht anstelle des Handelsgerichts zuständig wird, weil für die sachliche Zuständigkeit des letzteren der Streitwert nicht mehr erreicht wird (§ 62 GVG).

90 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 18 ZPO.

zu trennen⁹¹, so wird das erstinstanzliche Gericht dadurch gemäss § 26 ZPO nachträglich nicht sachlich unzuständig.

Stellt das Gericht nach Eingang eines Prozesses fest, dass die Zusammenrechnung des Streitwerts einer Hauptklage mit demjenigen der bereits im Sühnverfahren erhobenen Widerklage⁹² nicht erlaubt ist, weil sich die beiden Klagen gegenseitig ausschliessen⁹³ oder weil die allgemein für das Widerklagebegehren geltenden Prozessvoraussetzungen (§ 60 Abs. 1 Satz 1 ZPO) nicht erfüllt sind, so muss es sich bei zu niederem Streitwert für sachlich unzuständig erklären. Diesfalls dürfte es ebenfalls zulässig sein, das noch verbliebene Begehren als Teil des Prozesses von Amtes wegen in analoger Anwendung von § 22 Abs. 3 ZPO an das zuständige Gericht zu überweisen⁹⁴, damit die Berücksichtigung der sachlichen Zuständigkeitsordnung, soweit diese vom Streitwert abhängt, nicht unnötigerweise zu einer Prozesserledigung führt. Vorgängig jedoch hat das Gericht, wenn die Widerklage offensichtlich unzulässig ist, auf sie nicht einzutreten (z. B., weil für die Hauptklage eine andere Verfahrensart vorgesehen ist). Ist es aber für die Behandlung der Widerklage örtlich oder sachlich unzuständig, so kann es diese als selbständige Klage auf Antrag des Widerklägers gemäss § 112 ZPO direkt an das zuständige Gericht überweisen⁹⁵.

Wird die Widerklage erst vor Gericht erhoben und ist sie zulässig, so überweist dieses den ganzen Prozess gemäss § 60 Abs. 1 Satz 2 ZPO an das sachlich zuständige Gericht, wenn der Streitwert der Widerklage

91 Vgl. § 40 Abs. 3 und § 58 Abs. 2 ZPO. Obwohl es bei der subjektiven Klagenhäufung Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass sich die mehreren Klagen im wesentlichen auf die gleichen Tatsachen und Rechtsgründe stützen, kommt es bei deren Fehlen lediglich zu einer Trennung der Klagen und nicht zu einer Zurückweisung.

92 Vgl. §§ 19 Abs. 2 und 102 Abs. 2 ZPO.

93 Das ist der Fall, wenn z. B. die Widerklage lediglich die Verneinung des klägerischen Begehrens darstellt (vgl. Sträuli/Messmer, N 5 zu § 19 ZPO).

94 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 19 ZPO.

95 Sträuli/Messmer, N 14 zu § 60 ZPO.

allein oder derjenige von Haupt- und Widerklage zusammen (soweit sie nach § 19 Abs. 2 ZPO zusammenzurechnen sind) seine Entscheidungsbefugnis übersteigt⁹⁶. Die Ueberweisung erfolgt von Amtes wegen, das überweisende hat das zuständige Gericht selbst zu bestimmen. Tritt letzteres in der Folge wegen fehlender Prozessvoraussetzungen auf die Haupt- oder Widerklage nicht ein oder wird die Widerklage zurückgezogen, bleibt es gleichwohl zuständig, weil die spätere Verminderung des Streitwerts an seiner sachlichen Zuständigkeit nichts zu ändern vermag⁹⁷.

Im übrigen sei noch angemerkt, dass die Erhebung einer Widerklage im Erkenntnisverfahren vor dem Friedensrichter keine Prozessüberweisung gemäss § 60 Abs. 1 Satz 2 ZPO bewirkt. Ergibt die Zusammenrechnung des Streitwerts von Haupt- und Widerklage auf Grund von § 19 Abs. 2 ZPO einen Fr. 200.-- übersteigenden Betrag (§ 6 Abs. 1 GVG), so hat der Friedensrichter nach den Regeln des Sühnverfahrens (§§ 93 ff. ZPO) vorzugehen⁹⁸.

§ 7 DIE WIRKUNGEN DER UEBERWEISUNG

I. Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit und Verfahrenseinheit

Infolge des Ueberweisungsentscheides bleibt die beim unzuständigen Gericht rechtshängig gewordene Klage⁹⁹ weiterhin rechtshängig¹⁰⁰. Eine

96 Sträuli/Messmer, N 15 und 16 zu § 60 ZPO. Mittels der Abtrennung der Widerklage gemäss § 60 Abs. 3 ZPO kann sich das Gericht nicht von der Pflicht zur Ueberweisung des ganzen Prozesses befreien (Sträuli/Messmer, N 18 zu § 60 ZPO).

97 Sträuli/Messmer, N 16 (am Ende) zu § 60 ZPO (mit Zitaten).

98 § 193 ZPO; vgl. Sträuli/Messmer, N 4 zu § 193 ZPO.

99 Auch die Klageanhebung beim unzuständigen Gericht begründet die Rechtshängigkeit (Guldener, ZPR, S. 241; Rosenberg-Schwab, S. 539).

100 Vgl. §§ 112 Abs. 3, 60 Abs. 1 und 22 Abs. 3 ZPO; bezüglich der die gleiche Wirkung erzielenden Ueberweisungen gemäss § 221 ZPO vgl. hinten 4. Teil § 12 III.

Ueberweisung ist nur dann zulässig und vom Zweitgericht zu akzeptieren, wenn die Rechtshängigkeit beim Erstgericht eingetreten ist. Das wäre nicht der Fall, wenn bei diesem lediglich eine Klageschrift eingereicht und die dafür ausgestellte Weisung vergessen worden wäre. Ist die dreimonatige Frist gemäss § 101 ZPO zwischen der Einreichung der Klageschrift und derjenigen der Weisung abgelaufen, wären die Voraussetzungen für eine Ueberweisung nicht erfüllt, sondern nur diejenigen für die Anwendbarkeit von Art. 139 OR; die an eine Verwirkungsfrist gebundene Klage ist unter diesen Umständen wohl rechtzeitig eingereicht worden, doch darf auf sie wegen nicht gehöriger Einleitung (was im Sinne von Art. 139 OR einen "verbesserlichen Fehler" darstellt) nicht eingetreten werden. Deshalb steht dem Kläger die Nachfrist gemäss Art. 139 OR zur Verfügung, innert der er nochmals den Friedensrichter anrufen und hernach dem Gericht eine neue Klage einreichen kann¹⁰¹.

Durch die Ueberweisung bleiben sowohl die prozessualen als auch die materiellrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit bestehen. In prozessualer Hinsicht (vgl. § 107 ZPO) gilt, dass der Beklagte, macht der Kläger den Prozess bei einem andern als dem im Ueberweisungsentscheid bezeichneten Gericht rechtshängig, die Einrede der Rechtshängigkeit erheben kann, sofern das Zweitgericht für die Weiterbehandlung des Rechtsstreites zuständig ist (§ 107 Ziff. 2 ZPO)¹⁰². Wegen der fortdauernden Rechtshängigkeit einer überwiesenen Scheidungsklage wäre es der beklagten Partei aber beispielsweise auch verwehrt, ein Eheschutzverfahren gemäss Art. 169 ZGB einzuleiten¹⁰³. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Klageänderung (vgl. § 107 Ziff. 1 ZPO) oder einer Widerklage gelten die allgemeinen Grundsätze gemäss §§ 60 und 61 ZPO¹⁰⁴. Eine Kla-

101 Vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 1 zu § 102 ZPO.

102 Befindet sich das andere Gericht ausserhalb des Kantons, so ist die Rechtshängigkeit der Klage beim zuständigen zürcherischen Zweitgericht auf Grund von Art. 61 BV zu berücksichtigen (Sträuli/Messmer, N 8 zu § 107 ZPO).

103 Sträuli/Messmer, N 31 (am Ende) zu § 110 ZPO.

104 Zu den diesbezüglichen Auswirkungen der Ueberweisungen gemäss § 221 ZPO vgl. hinten 4. Teil § 12 III.

geänderung ist im Rahmen von §§ 114 und 115 ZPO während des ganzen erstinstanzlichen Verfahrens möglich¹⁰⁵, somit auch noch nach der Ueberweisung, sofern die Zuständigkeit des Zweitgerichts dafür gegeben ist. Ebenfalls wäre eine Widerklage gemäss § 117 ZPO noch zulässig, wenn die Voraussetzungen nach § 60 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Im weiteren darf nach der Ueberweisung der Streitgegenstand nicht zum Nachteil der Gegenpartei oder zur Erschwerung des Beweises verändert werden (§ 107 Ziff. 3 ZPO). Verboten ist nicht nur dessen körperliche Veränderung, sondern auch dessen Veräusserung¹⁰⁶. Die Ueberweisung gemäss § 112 ZPO macht im übrigen eine Anwendung von § 107 Ziff. 4 ZPO überflüssig; der Kläger muss seine fehlerhaft beim unzuständigen Gericht eingereichte Klage nicht zurückziehen und korrekt beim zuständigen Gericht neu einleiten.

In materiellrechtlicher Hinsicht ist die fortbestehende Rechtshängigkeit der überwiesenen Klage wegen der Unterbrechung der Verjährung, die mit der Anrufung des unzuständigen Gerichts eingetreten ist¹⁰⁷, und der Wahrung einer Klagefrist von Bedeutung. Die Verjährung bleibt unterbrochen und die Klagefrist ist bei rechtzeitiger Klageanhebung vor dem unzuständigen Gericht selbst dann gewahrt, wenn die Ueberweisung erst nach Ablauf der Frist erfolgt¹⁰⁸. Es spielt hierbei keine Rolle, ob das Gericht, an das der Prozess überwiesen wird, auf Grund zwingender Vorschriften zuständig ist oder nicht. Auch wenn das angerufene Gericht von Amtes wegen seine Unzuständigkeit wahrnehmen muss, weil zwingend ein anderes Gericht zuständig ist, tritt bei ihm die Rechtshängigkeit ein; die damit verbundenen materiellrechtlichen Wirkungen müssen deshalb, wird mit der Ueberweisung die Rechtshängigkeit aufrechterhalten, auch in einem solchen Fall bestehen bleiben¹⁰⁹.

105 Sträuli/Messmer, N 10 zu § 61 ZPO.

106 Sträuli/Messmer, N 16 zu § 107 ZPO.

107 Art. 135 Ziff. 2 OR.

108 BGE 75 III 76 f.

109 Vgl. dazu Rosenberg-Schwab, S. 186.

Nicht nur die Rechtshängigkeit bleibt dank der Ueberweisung erhalten, sondern auch die Wirkung der vor dem und vom unzuständigen Gericht vorgenommenen Prozesshandlungen¹¹⁰. Das zürcherische Zweitgericht muss die bereits beim Erstgericht rechtshängige und gemäss dem Antrag des Klägers überwiesene Klage anhand nehmen, ohne dass vorher noch ein neues Sühnverfahren durchzuführen ist, und es hat, ist es selbst zuständig, das Verfahren in demjenigen Stadium, in dem es sich bei der Ueberweisung befindet, fortzusetzen. Aus dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens vor dem Erst- und Zweitgericht ergibt sich, dass die Parteien ihre Anträge zur Sache nicht zu wiederholen und die Beweismittel nicht von neuem vorzulegen oder zu bezeichnen haben. Zugeständnisse vor dem Erstgericht wirken fort und entheben die beweisbelastete Partei auch beim Zweitgericht von der Beweisführung. Der Grundsatz der Eventualmaxime (§ 114 ZPO) ist in gleicher Weise zu beachten, wie wenn der Prozess durch das Erstgericht weitergeführt würde. Von diesem bereits angeordnete vorsorgliche Massnahmen, die von ihm erteilte Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters gelten auch für das Verfahren vor dem Zweitgericht. Prozessuale Anträge (wie beispielsweise die Leistung einer Prozesskaution oder der Erlass vorsorglicher Massnahmen) können von den Parteien auch noch nach Abschluss der Hauptverhandlung beim Zweitgericht gestellt werden¹¹¹; sie unterstehen nicht der Eventualmaxime wie die Sachanträge.

Nach dem Eingang der Prozessakten lädt das Zweitgericht die Parteien zur Fortsetzung des Verfahrens vor. Das gilt auch für den beim Erstgericht säumigen Beklagten. Dieser muss selbstverständlich auch beim Zweitgericht Gelegenheit erhalten, die Unzuständigkeitseinrede zu erheben oder sich auf die Klage vorbehaltlos einzulassen. Leistet er der Vorladung wiederum keine Folge, weil er auch dieses Gericht für unzuständig hält, gereicht ihm dies insofern nicht zum Nachteil, als das Ge-

110 Schalch, S. 26 und 86 f..

111 Sträuli/Messmer, N 1 (Mitte) zu § 114 ZPO.

richt seine Zuständigkeit unter diesen Umständen von Amtes wegen zu prüfen hat; selbst wenn es sie bejaht, kann der erstinstanzlich säumige Beklagte noch im Berufungsverfahren die Einrede der Unzuständigkeit der Vorinstanz erheben¹¹².

Die Einheit des Verfahrens vor dem Erst- und Zweitgericht gilt grundsätzlich selbst dann, wenn ein ausserkantonales Gericht einen Prozess dem zuständigen zürcherischen Gericht überweist; das Verfahren ist nicht zu wiederholen, wenn die beiden Verfahrensordnungen nach dem Ermessen des Gerichts im wesentlichen übereinstimmen (vgl. § 112 Abs. 2 ZPO). Ist die Klageerhebung nach zürcherischem Recht in der Form mangelhaft, wird dem Kläger gemäss § 106 Abs. 4 ZPO eine kurze Frist zur Behebung des Mangels angesetzt. Handlungen eines Gerichts, durch die der Kanton, dem es angehört, berechtigt oder verpflichtet wird, müssen jedoch von einem ausserkantonalen Zweitgericht für seinen eigenen Kanton wiederholt werden. So müsste ein zürcherisches Zweitgericht nach seinem Recht von neuem eine Prozesskaution auferlegen, die unentgeltliche Prozessführung bewilligen und einen unentgeltlichen Rechtsvertreter bestellen.

II. Prozesskostenregelung durch das überweisende Gericht

Gemäss § 71 Satz 3 ZPO können aus zureichenden Gründen auch in prozessleitenden Entscheiden Kosten und Entschädigungen auferlegt werden. Nach dem Grundsatz der Einheit des Verfahrens vor dem Erst- und Zweitgericht wäre es an sich zu rechtfertigen, die gesamte Prozess-

112 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 108 und N 1 zu § 111 ZPO, ferner N 18 zu § 267 ZPO (mit Zitaten). Deshalb sollte wohl bereits das erstinstanzliche Zweitgericht, das sich für zuständig bezeichnet hat und das Verfahren nach der Peremptorisierung des Beklagten fortführt, diesen mit der Einrede der Unzuständigkeit noch hören (vgl. Sträuli/Messmer, N 1 zu § 131 ZPO).

kostenregelung dem Zweitgericht zu überlassen. Indessen sprechen doch überwiegende Gründe dafür, dass bereits das Erstgericht über die Kosten und Entschädigungen befinden sollte. Der Kläger hat durch die Anrufung eines unzuständigen Gerichts unnötigerweise Mehrkosten verursacht, die er unbekümmert um den Prozessausgang gemäss § 66 Abs. 1 ZPO tragen muss. Ist er dafür aber vollumfänglich kostenpflichtig, wird er nach § 68 Abs. 1 ZPO auch entschädigungspflichtig, sofern nicht sachliche Gründe ein Abweichen von dieser Regel angezeigt erscheinen lassen¹¹³. Das Erstgericht kann deshalb dem Kläger im Ueberweisungsentscheid ohne weiteres die bei ihm im Rahmen der Unzuständigkeitsfeststellung aufgelaufenen Kosten endgültig auferlegen; das gleiche gilt für die Entschädigung. Es ist am besten in der Lage, darüber zu befinden, da der Streit über die Zuständigkeit bei ihm ausgetragen wurde und es deshalb die dafür nötigen Vorkehren genau kennt und die Höhe der Entschädigung dementsprechend festlegen kann. Das Zweitgericht hat mit dieser Frage nichts mehr zu tun.

Sind zwingende Zuständigkeitsvorschriften bei der Klageanhebung missachtet worden, so hat das Erstgericht seine von Anfang an bestehende Unzuständigkeit in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen wahrzunehmen¹¹⁴. Erfolgt die Ueberweisung in einem solchen Fall erst in einem fortgeschrittenen Prozessstadium, so dürfen dem Kläger nicht sämtliche entstandenen Kosten als durch ihn verursachte Mehrkosten endgültig auferlegt werden. Die vor dem unzuständigen Erstgericht vorgenommenen Prozesshandlungen bleiben weiterhin gültig und bilden die Grundlage für die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Zweitgericht. Deshalb sollte der darauf entfallende Kostenanteil dem Kläger im Ueberweisungs-

113 Von der Zusprechung einer Prozessentschädigung könnte etwa abgesehen werden, wenn der Kläger sich in guten Treuen zur Prozessführung vor dem unzuständigen Gericht veranlasst sah oder die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede ein Handeln wider Treu und Glauben darstellt (vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 7 zu § 68, N 9 und 11 zu § 64 und N 1 zu § 66 ZPO).

114 Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 108 und N 7 zu § 111 ZPO.

entscheid lediglich einstweilen auferlegt werden, damit das Zweitgericht in seinem Endentscheid dessen Neuverlegung je nach dem Obsiegen oder Unterliegen der Parteien in der Sache selbst vornehmen kann. Hat das unzuständige Erstgericht dem Kläger zu spät Frist angesetzt, um einen Antrag auf Prozessüberweisung zu stellen, weil es den Beklagten noch zu einer Stellungnahme aufforderte, obwohl seine Unzuständigkeit wegen Verletzung zwingender Vorschriften offensichtlich war und es einer solchen Stellungnahme folglich nicht bedurft hätte, so sind die dadurch entstandenen Verfahrenskosten gemäss § 66 Abs. 2 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen, da sie von keiner Partei veranlasst wurden¹¹⁵. Eine Entschädigungspflicht des Staates gegenüber dem Kläger für die diesem wegen des falschen Vorgehens des Erstgerichts entstandenen Mehrumtriebe kommt nach Prozessrecht nicht in Frage¹¹⁶. Der Kläger hat nur diejenigen Kosten zu tragen, die sich bei korrektem Vorgehen dieses Gerichts ergeben hätten.

Hat der Kläger in guten Treuen von der Zuständigkeit des unzuständigen Gerichts ausgehen dürfen oder stellt die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede seitens des Beklagten ein Handeln wider Treu und Glauben im Prozess dar, wirkt sich dies insofern zugunsten des Klägers aus, als er auf Grund solcher Umstände wohl nicht von jeder Kostenpflicht im Ueberweisungsentscheid befreit, aber nur verhältnismässig belastet wird¹¹⁷.

115 Entscheid der III. Zivilkammer des Obergerichts vom 19.4.1979, abgedruckt in SJZ 76 (1980) S. 47f. (vgl. Erw. 1-4).

116 Vgl. den in vorstehender Anmerkung erwähnten Entscheid, Erw. 5. Es käme nur eine Staatshaftung gemäss § 6 Abs. 2 des Haftungsgesetzes des Kantons Zürich vom 14.9.1969 in Frage, wenn der Ueberweisungsentscheid im Kostenpunkt im Rechtsmittelverfahren geändert wird und es sich dabei erweist, dass der Richter der Vorinstanz arglistig gehandelt hat (ein wohl auszuschliessender Fall).

117 Sträuli/Messmer, N 9 und 11 zu § 64 ZPO (mit Zitaten). Bezüglich der Entschädigungspflicht in solchen Fällen vgl. vorne S. 60 Anm. 113.

In jenen Fällen, wo sich erst nachträglich wegen Streitwertveränderung die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts ergibt (§§ 22 Abs. 3 und 60 Abs. 1 ZPO) und die Prozessüberweisung von Amtes wegen auf Grund dieser Bestimmungen vorgenommen wird, darf im Ueberweisungsentscheid nur eine vorläufige Kostenauflage zu Lasten des Klägers unter Vorbehalt des Endentscheides des zuständigen Zweitgerichts erfolgen¹¹⁸. Hier liegen keine durch den Kläger infolge der Anrufung eines unzuständigen Gerichts verursachte Mehrkosten vor, die diesem bereits im Ueberweisungsentscheid endgültig auferlegt werden dürfen. Er hat die aufgelaufenen Kosten jedoch deshalb einstweilen zu tragen, weil er von der Klageerhebung an die Gefahr trägt, dass der Beklagte einen allfälligen Gegenanspruch widerklageweise geltend macht (§ 60 ZPO)¹¹⁹ oder ein zu hoher Streitwert bei einer Klage, die nicht auf Geldzahlung geht, noch vor Abschluss des Hauptverfahrens korrigiert wird (§ 22 ZPO). Auch unter neuem Recht ist es jedoch ausgeschlossen, Kosten dem Widerkläger zu überbinden, wie dies im Entscheid ZR 15 Nr. 164 nach altem Recht getan wurde mit der Begründung, es sei ihm – dem Widerkläger – zuzumuten, seine Klage bereits vor dem Friedensrichter zu erheben, um so eine spätere Ueberweisung des Prozesses und damit eine Weiterung des Verfahrens zu vermeiden. Dabei wurde verkannt, dass früher die vor dem Friedensrichter angemeldete Widerklage mit Einreichung der Weisung nicht rechtshängig wurde¹²⁰ und demzufolge vom Kläger bei der Klageanhebung bezüglich der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts auch nicht berücksichtigt werden durfte. Obwohl dies nun nach neuem Recht geändert hat, dürfen dem Widerkläger in einem Ueberweisungsentscheid gleichwohl keinesfalls Kosten auferlegt werden, wenn er die Widerklage erst vor Gericht erhebt, welches Recht ihm von Gesetzes wegen bis zur Klagebeantwortung ausdrücklich zusteht¹²¹. Nimmt er dieses Recht wahr,

118 Sträuli/Messmer, N 13 zu § 64 ZPO (mit Zitaten).

119 SJZ 49 (1953) S. 97 Nr. 34; ZR 24 Nr. 19.

120 § 94 aZPO. Vgl. dazu ZR 39 Nr. 107, 44 Nr. 163 und Walder, PE, S. 58; a.M.: Sträuli/Hauser, N 7 zu § 94 aZPO.

121 § 117 ZPO.

trifft ihn selbstverständlich keine Kostenpflicht¹²²; auch bleibt aus diesem Grunde kein Raum für Spekulationen über die Zumutbarkeit einer Widerklageerhebung bereits im Sühnverfahren. Das gleiche gilt, wenn der Beklagte ein ihm vertraglich eingeräumtes Wahlrecht zwischen ordentlichem Gericht und Schiedsgericht erst mit der Klageantwort ausübt¹²³. In den hier erwähnten Fällen erst nachträglich eintretender sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts werden im Ueberweisungsentscheid vernünftigerweise keine Prozessentschädigungen zugesprochen¹²⁴.

Selbst von einer einstweiligen Kostenauflage zu Lasten des Klägers sollte im Ueberweisungsentscheid dann abgesehen werden, wenn die Ueberweisung eines Prozesses vom bezirksgerichtlichen Einzelrichter an sein Kollegialgericht erfolgt. Obwohl rechtlich auch hier eine solche Kostenauflage durchaus zulässig wäre, erscheint es ökonomischer, wenn der Einzelrichter in solchen Fällen (bei der Ueberweisung infolge Widerklageerhebung im ordentlichen Verfahren oder bei derjenigen infolge Illiquidität der tatsächlichen Verhältnisse im summarischen Verfahren gemäss § 221 ZPO) die bei ihm aufgelaufenen Kosten dem Kollegialgericht lediglich mitteilt, welches dann die gesamte Kosten- und Entschädigungsregelung im Endentscheid vornehmen kann¹²⁵.

Hinsichtlich der Höhe der Gerichtsgebühren ist im Ueberweisungsentscheid davon auszugehen, dass der Prozess für das Erstgericht dadurch ohne Anspruchsprüfung erledigt ist, weshalb gemäss § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren vom 30. Juni 1976 eine Reduktion bis auf einen Fünftel der in § 3 dieser Verordnung erwähnten Ansätze möglich ist. Eine Herabsetzung in diesem Umfang ist vor allem dann gerechtfertigt, wenn der Prozess schon kurz nach Eintritt der Rechtshängigkeit der Klage überwiesen wird¹²⁶.

122 Walder, PE, S. 58.

123 Sträuli/Messmer, N 2 (am Ende) zu § 66 ZPO.

124 Walder, PE, S. 59 (betreffend Widerklage).

125 Walder, PE, S. 58; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 221 ZPO.

126 ZR 44 Nr. 6.

Gemäss § 69 ZPO setzt das Erstgericht die Prozessentschädigung nach Ermessen fest. Dabei hat es nur diejenigen Prozesshandlungen zu berücksichtigen, die seitens des Beklagten im Verfahren gemäss § 111 Abs. 1 ZPO bis zur Ueberweisung notwendig waren¹²⁷. Wird dieser von einem Anwalt vertreten, ist das richterliche Ermessen insofern beschränkt, als die Prozessentschädigung im Rahmen der Ansätze der Verordnung über die Anwaltsgebühren festzusetzen ist¹²⁸. Diese Verordnung schweigt sich über deren Höhe bei einem infolge der Erhebung der Unzuständigkeitseinrede zustande gekommenen Ueberweisungsentscheid aus. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das Erstgericht nur eine Prozessentschädigung in der Höhe eines Zuschlages im Sinne von § 3 dieser Verordnung zusprechen darf¹²⁹. Dank der Ueberweisung ist nämlich sichergestellt, dass das zuständige Zweitgericht später im Endentscheid eine volle Anwaltsgebühr für denjenigen Aufwand zusprechen wird, der für das Materielle des Rechtsstreites notwendig war¹³⁰.

Wird im Ueberweisungsentscheid gemäss § 71 Satz 3 ZPO über die Kosten und Entschädigungen endgültig ohne Rücksicht auf den Prozessausgang entschieden, so liegt diesbezüglich ein Erledigungsentscheid vor, der gestützt auf § 271 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO mit Rekurs angefochten werden kann, wenn der Streitwert der Hauptsache (und nicht etwa die Höhe der Prozessentschädigung) dies erlaubt¹³¹. In diesem Teil wird der Ueberweisungsentscheid materiell rechtskräftig¹³²: Weder darf das Zweitgericht die dem Kläger im Ueberweisungsentscheid endgültig aufer-

127 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 69 ZPO.

128 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 69 ZPO.

129 ZR 49 Nr. 16; unveröffentlichter Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 4. 7. 1978 in Sachen D. ca. YT GmbH.

130 Es erfolgt keine Vonderhandweisung der Klage infolge Unzuständigkeit wie nach altem Recht, wo es in einem solchen Fall durchaus angebracht war, eine volle Anwaltsgebühr zuzusprechen (vgl. ZR 64 Nr. 1 Erw. 4 und dazu Walder, PE, S. 58).

131 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 71 ZPO (mit Zitaten).

132 Vgl. dazu Walder, PE, S. 63.

legten Kosten nachträglich im Endentscheid neu verlegen oder die von diesem an den Beklagten bezahlte Prozessentschädigung ändern, noch darf dies das Erstgericht, wenn sich das Zweitgericht ebenfalls für unzuständig erklärt und der Kläger die Klage selbst neu bei jenem einleitet¹³³.

§ 8 DER ANWENDUNGSBEREICH VON § 112 ZPO IM BESONDEREN

Auf Grund seiner systematischen Stellung kommt § 112 ZPO bei allen Streitigkeiten im ordentlichen Verfahren zum Zuge, unabhängig davon, ob diesen ein Sühnverfahren vorausgehen musste oder nicht. Namentlich ist diese Bestimmung auch im Erkenntnisverfahren vor dem Friedensrichter¹³⁴ und in familienrechtlichen Prozessen oder solchen über den Personenstand¹³⁵ anwendbar. Sie erübrigt in jedem Fall die neuerliche Durchführung eines Sühnverfahrens vor der Fortsetzung des ordentlichen Verfahrens beim zuständigen Gericht¹³⁶. Als allgemeine Verfahrensvorschrift gilt § 112 ZPO auf Grund der Verweisung in § 204 ZPO aber auch grundsätzlich bei allen im summarischen Verfahren zu erledigenden Streitigkeiten¹³⁷, was selbst bei den neu in dieses Verfahren gewiesenen Verfahren auf einseitiges Vorbringen (§ 211 ZPO) zutreffen dürfte. Nicht zu verwechseln mit der Ueberweisung eines solchen Begehrens, bei dem seiner Natur nach eine beklagte Partei fehlt, an das zuständige Gericht

133 Was ihm nicht verwehrt ist, da der Ueberweisungsentscheid des Erstgerichts im Hauptpunkt nicht in materielle Rechtskraft erwächst (vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 21 zu § 191 ZPO); er riskiert bei mutwilliger Prozessführung höchstens eine Ordnungsbusse (§ 50 Abs. 3 ZPO; vgl. dazu auch Guldener, ZPR, S. 318 Anm. 69).

134 §§ 192 ff. ZPO. Vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 194 ZPO.

135 §§ 196 ff. ZPO.

136 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 93 ZPO. Das gilt auch für die Ueberweisungen gemäss § 60 Abs. 1 ZPO.

137 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 204 und N 2 zu § 205 ZPO.

gemäss § 112 ZPO ist die nach § 211 Abs. 1 Satz 3 ZPO ausdrücklich ausgeschlossene Ueberweisung in das ordentliche Verfahren gemäss § 221 ZPO, weil letzteres stets zwei Parteien voraussetzt¹³⁸.

Alle bisher erwähnten Ueberweisungsarten¹³⁹ spielen ohne weiteres auch zwischen den erstinstanzlich tätigen ordentlichen Gerichten¹⁴⁰ und den Sondergerichten¹⁴¹, da es bei der Abgrenzung ihrer Tätigkeiten um eine Frage der sachlichen Zuständigkeit geht. Die Ueberweisung gemäss § 112 ZPO kann erstmalig auch in der Rechtsmittelinstanz beantragt werden, was namentlich dann angezeigt sein wird, wenn diese selbst die Unzuständigkeit der Vorinstanz feststellt.

Keine Ueberweisung gemäss § 112 ZPO erfolgt, wenn der Rechtsweg überhaupt nicht zulässig ist¹⁴². Allerdings bedarf diese Feststellung einer Präzisierung. Absolut ausgeschlossen ist aus Gründen der Gewaltentrennung eine Ueberweisung gemäss § 112 ZPO auf den Verwaltungsweg, also an eine Verwaltungsbehörde¹⁴³. Wird indessen eine verwaltungsgerichtliche Klage¹⁴⁴ irrtümlicherweise bei einem Zivilgericht angehoben und vermag dieses mindestens zu beurteilen, dass das Verwaltungsgericht zu deren Behandlung nicht offensichtlich unzuständig ist, so dürfte eine Ueberweisung der Klage infolge Unzulässigkeit des Zivilrechtsweges an das Verwaltungsgericht gestützt auf § 112 ZPO erlaubt sein. Es geht

138 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 211 ZPO.

139 Vgl. §§ 22 Abs. 3, 60 Abs. 1 und 112 ZPO.

140 Einzelrichter, Bezirksgerichte, Obergericht gemäss § 43 Abs. 3 GVG, ferner der Friedensrichter als erkennender Richter (§ 60 Abs. 1 Satz 2 ZPO darf er allerdings nicht anwenden (vgl. Sträuli/Messmer, N 4 zu § 193 ZPO); bezüglich der Zuständigkeitsprüfung des Friedensrichters als Sühnbeamter und einer allfälligen Weiterleitung des Sühnbegehrens an das zuständige Amt gemäss § 194 GVG vgl. Sträuli/Messmer, N 3 zu § 94 ZPO und Walder, PE, S. 28 ff.).

141 Arbeitsgerichte, Mietgerichte, Handelsgericht.

142 Sträuli/Messmer, N 6 lit. b zu § 112 ZPO.

143 Vgl. dazu Walder, PE, S. 19 ff..

144 §§ 81 ff. VRG.

hier nicht um eine Ueberweisung aus dem Rechtsweg in den Verwaltungsweg, sondern nur um eine solche in einen andern Rechtsweg, nämlich den "Verwaltungsrechtsweg". Für die Anwendbarkeit von § 112 ZPO in solchen Fällen sprechen zudem zwei weitere Umstände: Erstens fasst die zürcherische Zivilprozessordnung die Zulässigkeit des Rechtsweges als Voraussetzung der (sachlichen) Zuständigkeit eines Gerichtes auf¹⁴⁵, folglich sollte einer Ueberweisung wegen "sachlicher Unzuständigkeit" (im erwähnten Sinne) grundsätzlich nichts entgegen stehen¹⁴⁶, und zweitens ist gestützt auf § 112 ZPO die Ueberweisung eines Prozesses auch an ein ausserkantonaes, also ausserhalb des eigenen Rechtspflegegebietes liegendes Gericht möglich; ist aber die Ueberweisung über den örtlichen Geltungsbereich der zürcherischen Zivilprozessordnung hinaus zulässig, so ist nicht einzusehen, weshalb sie nicht auch über deren sachlichen Geltungsbereich (die Zivilgerichtsbarkeit) hinaus erlaubt sein soll, sofern der Prozess innerhalb der rechtsprechenden Gewalt bleibt. Ob allerdings die auch bei Unzulässigkeit des Zivilrechtsweges eintretende Rechtshängigkeit¹⁴⁷ und deren prozessuale und materiellrechtliche Wirkungen bei der Ueberweisung eines Prozesses an ein Verwaltungsgericht erhalten bleiben, ist eine Frage, die ein solches allein nach seinem Verwaltungsprozessrecht zu entscheiden hat. Doch dürften wohl keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche Folgerung bestehen, da die zivil- und die hier anwendbaren verwaltungsprozessrechtlichen Vorschriften nicht derart fundamentale und eine solche Folgerung ausschliessende

145 Guldener, ZPR, S. 179 Anm. 4; Walder, PE, S. 19 und 54.

146 Die Unzulässigkeit des Rechtsweges ist gleich wie die sachliche Unzuständigkeit vom Gericht gemäss § 108 ZPO in jedem Verfahrensstadium von Amtes wegen wahrzunehmen, weshalb § 111 Abs. 1 ZPO in diesem Zusammenhang eine blosser Ordnungsvorschrift darstellt (Erhebung der Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges seitens des Beklagten; vgl. dazu Walder, PE, S. 20 f.). Allerdings ist dem Kläger auch in einem solchen Fall vor dem Erlass eines Nichteintretensentscheides Frist anzusetzen, um sich zur Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges zu äussern und einen Ueberweisungsantrag zu stellen.

147 Walder, PE, S. 20; Guldener, ZPR, S. 178 Anm. 3.

Unterschiede aufweisen. Im übrigen sei noch angemerkt, dass das zürcherische Verwaltungsgericht einen ihm gestützt auf § 112 ZPO von einem Zivilgericht überwiesenen Prozess gemäss § 5 Abs. 2 VRG an das von ihm als zuständig erachtete Zivilgericht von Amtes wegen weiterüberweist, wenn es selbst zum Schluss kommt, es sei sachlich unzuständig, weil die Klage entgegen der Annahme des zuerst angerufenen Zivilgerichtes nicht in einem öffentlichrechtlichen, sondern doch in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis gründe¹⁴⁸.

148 Unveröffentlichter Beschluss des zürcherischen Verwaltungsgerichtes vom 15. 5. 1979 (VK 30/1978). Es ging hier um eine Forderungsklage auf Ferienlohn, welche beim Arbeitsgericht Zürich angehoben wurde und die dieses, weil es von einem öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis ausging, gemäss § 112 ZPO an das Verwaltungsgericht überwies. Letzteres erklärte sich aber ebenfalls als sachlich unzuständig, weil es zum Schluss kam, es liege gesamthaft betrachtet ein privatrechtliches Verhältnis vor, und überwies die Klage gestützt auf § 5 Abs. 2 VRG an den Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Zürich.

3. Teil

DIE INTERKANTONALE PROZESSUEBERWEISUNG

§ 9 AKTIVE UEBERWEISUNG AN EIN GERICHT EINES ANDERN KANTONS

I. Problematik und Lösungsvorschläge im allgemeinen

Beantragt der Kläger die Ueberweisung des Prozesses an ein ausserkantonales Gericht, weil dieses örtlich zuständig sei, so stellt sich die grundsätzliche Frage, ob damit die Rechtshängigkeit der Klage erhalten bleibt. Ferner fragt es sich, inwieweit eine einheitliche Betrachtungsweise des Verfahrens vor dem Erst- und Zweitgericht möglich ist, dem Ueberweisungsentscheid also auch interkantonal eine prozessleitende Funktion zukommt.

Innerhalb des eigenen Jurisdiktionsgebietes ist der kantonale Gesetzgeber frei, die Voraussetzungen und den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit festzulegen. Er kann durchaus auch deren Aufrechterhaltung bei der Substitution eines unzuständigen durch das zuständige Gericht in seinem Gebiet anordnen. Das Bundesrecht zwingt die Kantone nicht, prozessrechtliche Vorschriften zu erlassen, nach denen ein Gericht bei Unzuständigkeit als einzige Möglichkeit auf eine Klage nicht mehr eintreten dürfte (wodurch die Rechtshängigkeit aufgehoben würde), sondern es lässt kantonale Verweisungsnormen ohne weiteres zu, welche trotz der Unzuständigerklärung des angerufenen Gerichts die ununterbrochene Rechtshängigkeit der Klage vorsehen¹. Diese Ueberlegungen müssen auch gelten, wenn

¹ Walder, PE, S. 46 f.; BGE 75 III 77. Im übrigen geht aus Sinn und Zweck von Art. 139 OR hervor, dass das Bundesrecht selbst den Kläger vor Rechtsnachteilen schützen will, die diesen treffen können, wenn nach dem jeweiligen Prozessrecht bei Unzuständigkeit des ange-

die beiden Gerichte verschiedenen Kantonen angehören. Da sich das Bundesrecht zur Frage der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit völlig ausschweigt, weil das Institut der Rechtshängigkeit dem Prozessrecht angehört, steht der Annahme nichts entgegen, dass, was innerkantonal zulässig ist, auch interkantonal gilt. Jede Prozessordnung darf vorsehen, dass bei Verfahren, die durch ein ausserkantonaies Gericht passiv an ein innerkantonaies überwiesen werden, die Rechtshängigkeit bestehen bleibt, d. h., der Anerkennung der passiven ausserkantonalen Ueberweisung steht von Bundesrechts wegen nichts entgegen².

Ist die Uebernahme eines von einem ausserkantonalen Gericht überwiesenen Prozesses unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit im Prozessrecht eines Kantons nicht ausdrücklich vorgesehen³, so lassen sich folgende Ueberlegungen anstellen: Grundsätzlich darf kein Gericht ein anderes als das eigene Prozessrecht anwenden, dient dieses doch genauso wie das andere der Verwirklichung des Prozesszieles, nämlich der Gewinnung eines materiell richtigen Urteils⁴. Das gilt auch für die Form, in welcher die Klageeinleitung zu erfolgen hat. Sie wird bei einer überwiesenen Klage naturgemäss nicht beachtet; die Klageerhebung richtete sich hier nach den Formen, die das beim unzuständigen ausserkantonalen Gericht geltende Prozessrecht vorschrieb (in unserem Falle das zürcherische). Streng formell kann sich deshalb das ausserkantonaie

rufenen Richters nur die Klagerückweisung mit Unterbrechung der Rechtshängigkeit in Frage kommt und unterdessen eine Verjährungs- oder (gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung) eine Verwirkungsfrist abgelaufen ist. Art. 139 OR bildet das Korrektiv einer die Rechtshängigkeit aufhebenden Klagerückweisung (Leuch, N 5 zu Art. 161 und N 6 zu Art. 163 ZPO/Bern) und tritt ergänzend zum Prozessrecht hinzu (BGE 89 II 312).

2 Vgl. die zürcherische Regelung in § 112 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 ZPO. Damit wird auch die Unzuständigkeit eines ausserkantonalen Gerichts zu einem prozessualen Mangel, dessen Heilung mittels der Ueberweisung ex tunc erfolgt (Guldener, ZPR, S. 230).

3 Wie nebst dem zürcherischen z. B. auch im schwyzerischen Prozessrecht, § 101 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 ZPO/Schwyz.

4 Guldener, IZPR, S. 7 f..

Gericht auf den Standpunkt stellen, es sei nicht berechtigt, die überwiesene Klage an Hand zu nehmen, da sie nicht in den Formen der *lex fori* erhoben worden sei⁵. Damit wäre die Rechtshängigkeit unterbrochen und eine inzwischen abgelaufene bundesrechtliche Verwirkungsfrist nicht mehr gewahrt. Ein solches Resultat lässt sich, wenn der andere Kanton die ausserkantonale (passive) Ueberweisung nicht kennt, mindestens solange nicht ausschliessen, bis seine Gerichte zu dieser Frage Stellung genommen haben und eine gewisse Praxis erkennbar wird. Wegen dieser Ungewissheit empfiehlt sich deshalb, allenfalls auf die Ueberweisung zu verzichten und – droht der Ablauf einer bundesrechtlichen Verwirkungsfrist – die sechzigstägige Nachfrist gemäss Art. 139 OR zur neuen (formrichtigen) Geltendmachung des Anspruchs zu benutzen. Allerdings ist die analoge Anwendung von Art. 139 OR für die Klagefristen des SchKG umstritten⁶; wäre dieser Weg versperrt, bliebe doch nur – trotz Ungewissheit – der Antrag auf eine interkantonale Prozessüberweisung⁷.

Gerade dieses Beispiel zeigt den Vorteil der Prozessüberweisung. Würde sie ein auch im interkantonalen Bereich allgemein anerkanntes Institut, erübrigte sich die Notkonstruktion der analogen Anwendung von Art. 139 OR bei Verwirkungsfristen. Damit zusammenhängende Streitfragen würden irrelevant. Die Gefahr eines unbilligen Rechtsverlustes zufolge Zeitablaufs vor einer erneuten Klageeinleitung beim zuständigen Gericht nach einer Unzuständigkeitserklärung liesse sich nicht erst auf bundesrechtli-

5 So Guldener, IZPR, S. 83 Anm. 272.

6 Für die Klagefristen des Bundeszivilrechts hat sie sich seit einiger Zeit durchgesetzt. Vgl. zu diesem Problemkreis Ilg, S. 64 ff. und insbes. S. 74 ff.; Guldener, ZPR, S. 221 f.; Walder, PE, S. 119 f.; Sträuli/Messmer, N 2 zu § 112 ZPO mit Zitaten.

7 Oder – noch sicherer – die sofortige formrichtige Neueinreichung der betreffenden betreibungsrechtlichen Klage beim zuständigen Gericht des andern Kantons innert der gegen den Unzuständigkeitsentscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittelfrist, sofern während ihres Laufs die Klage rechtshängig bleibt und deshalb bis zu ihrer Neueinreichung kein Unterbruch der Rechtshängigkeit erfolgt (BGE 82 III 45).

cher, sondern bereits auf der prozessualen und somit kantonalrechtlichen Ebene durch die Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der überwiesenen Klage ausschalten. Die Prozessüberweisung käme indessen nicht nur zur Verhinderung der Folgen einer Fristverwirkung auf Grund einer Unzuständigkeitserklärung zum Zuge, sondern sie böte auch die Möglichkeit, das bereits vor dem ausserkantonalen Gericht durchgeführte Verfahren – soweit es den Anforderungen des eigenen Prozessrechts genügt – fortzusetzen.

Alle diese Vorteile vermögen indessen nicht die Tatsache aus dem Weg zu räumen, dass der ausserkantonale Richter, dessen Prozessrecht die passive ausserkantonale Ueberweisung eines Prozesses nicht kennt, die Uebernahme des Verfahrens unter Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der Klage vor dem Gesetz zu rechtfertigen hat. Es ist fraglich, ob er von einer unechten (rechtspolitischen) Lücke in seinem Prozessrecht ausgehen darf in dem Sinne, dass dieses für den vorliegenden Fall wohl keine Ausnahmebestimmung aufweise, dass aber die deshalb zu treffende Entscheidung (Ablehnung der interkantonalen Ueberweisung zufolge Nichtwahrung der Formen bei der Klageeinleitung) sachlich nicht vertretbar sei⁸. Eine allgemein gültige Antwort kann hier nicht gegeben werden; sie hängt von den die jeweilige Prozessordnung beherrschenden Grundsätzen ab.

Es wäre wünschbar, wenn die Kantone allgemein die Verbesserung von Formmängeln einer Klage innert einer Nachfrist zulassen würden, ohne dass ihre Gerichte deshalb das Verfahren abschreiben müssten⁹. Dem widersprechende Prozessgrundsätze sind gemäss der bundesgerichtlichen

⁸ Vgl. zu diesem Problemkreis Meier-Hayoz, Richterliche Lückenfüllung im Zivilprozessrecht, in SJZ 46 (1950), S. 340 ff.; derselbe, Der Richter als Gesetzgeber (Zur rechtspolitischen Komponente richterlicher Tätigkeit), Festschrift Guldener, Zürich 1973, S. 189 ff.; Guldener, ZPR, S. 49 ("Lücken im Prozessgesetz sind analog Art. 1 Abs. 2 ZGB nötigenfalls durch richterliche Rechtsschöpfung auszufüllen".).

⁹ Vgl. die Regelung in § 106 Abs. 4 und § 108 ZPO/Zürich.

Rechtsprechung zu Art. 4 BV allerdings dann unbeachtlich, wenn sie auf einen überspitzten Formalismus hinauslaufen¹⁰.

Ist gemäss dem Prozessrecht des Zweitkantons bei Formmängeln die Klagerückweisung mit Unterbrechung der Rechtshängigkeit zwingend vorgeschrieben, so wird eine interkantonale Prozessüberweisung zumindest theoretisch nicht gelingen können, weil die überwiesene Klage per definitionem nicht in den von diesem Recht für die Klageerhebung vorgesehenen Formen eingeleitet wird und somit mangelhaft ist. Den Richtern in Kantonen mit derart starren Prozessgrundsätzen bleibt deshalb nichts anderes übrig als die Zurückweisung der überwiesenen Klage mit Unterbrechung der Rechtshängigkeit¹¹, womit sich die Frage nach deren Fortdauer über die Kantonsgrenzen hinaus gar nicht stellt. Diese Rückweisung erscheint keinesfalls als überspitzt formalistisch, da es nicht auf eine formelle Rechtsverweigerung hinausläuft, wenn der Richter aus dem Geist seines Prozessrechts auf ein Verbot der Anhandnahme einer solcherart überwiesenen Klage schliesst.

10 Vgl. dazu BGE 92 I 11 (Nichteintreten auf ein Rechtsmittel gemäss art. 395 CPC/Neuenburg, weil die eingereichte Abschrift des angefochtenen Urteils nicht beglaubigt war!), BGE 92 I 16 Erw. 2 (Nichteintreten auf ein Rechtsmittel zufolge Fehlens der nach Gesetz erforderlichen Vollmacht des Anwalts, Kanton Baselland), ferner BGE 93 I 213 Erw. 2 und 86 I 4. Auch das Nichteintreten auf die Klage infolge Nichteinreichens des Freizügigkeitspatentes des ausserkantonalen Anwalts oder einer genügenden Anzahl von Rechtsschriftexemplaren dürfte einen überspitzten Formalismus darstellen. Vgl. dazu auch Guldener, ZPR, S. 210 Anm. 11. Nicht als überspitzter Formalismus wäre wohl die Klagerückweisung wegen Abfassens der Rechtsschriften in einer andern als der Amtssprache des betreffenden Kantons zu bezeichnen.

11 Versucht der Kläger die interkantonale Ueberweisung trotzdem, so ist fraglich, ob bei deren Scheitern die 60-tägige Nachfrist gemäss Art. 139 OR – sofern die Voraussetzungen zur Anwendung dieser Bestimmung gegeben sind – vom Zeitpunkt des zürcherischen Unzuständigkeitsentscheides oder von demjenigen der Klagerückweisung des ausserkantonalen Richters an zu laufen beginnt. Dies zu wissen ist für den risikofreudigen Kläger wichtig. Es kann indessen höchstens vermutet werden, dass selbst unter dem Aspekt der Billigkeit die letztere – günstigere – Lösung von Bundesrechts wegen nicht toleriert werden dürfte, da der Kläger das Risiko eines Fehlschlags voll und ganz zu tragen hat. Art. 139 OR erlaubt wohl keine Rücksichtnahme auf interkantonale Ueberweisungsnormen.

Lässt jedoch das Prozessrecht des Zweitkantons die Verbesserung von Formmängeln einer Klage ohne Abschreibung des Verfahrens allgemein zu, so hat der ausserkantonale Richter die Möglichkeit, die zürcherische Ueberweisung als Sonderform der Klageerhebung anzuerkennen und noch vorhandene Mängel innert Frist verbessern zu lassen. Mit dieser Anerkennung der Ueberweisung hätte er aber auch, ungeachtet seines eigenen Prozessrechts, für den Beginn der Rechtshängigkeit von jenem Zeitpunkt auszugehen, in welchem die Klage beim unzuständigen zürcherischen Gericht rechtshängig wurde¹². Daraus folgt, dass auch ein Formmangel, der nach seinem Recht ein konstitutives Element der Klageerhebung betrifft und auf Grund dessen die Rechtshängigkeit nicht eintreten könnte, diese Wirkung nicht zeitigt. Es bedarf dieses Elementes zur Begründung der Rechtshängigkeit nicht, da letztere allein gestützt auf die Prozessüberweisung erhalten bleibt. Auch solche Mängel müssen gleich wie weniger schwerwiegende binnen einer Nachfrist geheilt werden können. Das trifft insbesondere für die Unterlassung des Sühnverfahrens im andern Kanton zu, die sich notgedrungen bei interkantonalen Ueberweisungen ergibt¹³. In der Regel ist wohl bereits im Kanton Zürich ein solches Verfahren durchgeführt worden, weshalb auf seine Wiederholung verzichtet werden kann, sofern die Grundsätze dafür in beiden Kantonen einigermassen übereinstimmen. Diesfalls wäre der Mangel unbeachtlich. Ob dem so ist oder ob gleichwohl das Sühnverfahren noch durchgeführt werden muss, beurteilt sich allein nach dem Prozessrecht des ausserkantonalen Gerichts¹⁴.

Hat der jeweilige kantonale Gesetzgeber wenigstens innerhalb seines eigenen Jurisdiktionsgebietes die Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit bei der Substitution des unzuständigen Gerichts durch das zuständige vor-

12 Sträuli/Messmer, N 7 Abs. 1 Satz 2 zu § 112 ZPO.

13 Vgl. dazu Walder, PE, S. 87, welcher die Unterlassung des Sühnvorstandes nach altem zürcherischem Prozessrecht als heilbaren Mangel betrachtet.

14 Sträuli/Messmer, N 7 Abs. 1 letzter Satz zu § 112 ZPO.

gesehen, so dürfte dieser Umstand insofern eher zugunsten der Anhandnahme einer von einem Gericht eines andern Kantons überwiesenen Klage sprechen, als für den Richter daraus zumindest ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber dem tragenden Grundgedanken der Prozessüberweisung positiv gegenübersteht. Solche gesetzliche Werturteile sind eine wichtige Quelle für den rechtsschöpferisch tätigen Richter.

Es muss im weiteren darauf hingewiesen werden, dass das Zweitgericht die Frage der Anerkennung der Prozessüberweisung vor derjenigen seiner eigenen Zuständigkeit zu prüfen hat. Das ergibt sich aus der natürlichen Rangordnung der Prozessvoraussetzungen¹⁵. Erst eine ordnungsgemäss eingeleitete und damit rechtshängige Klage berechtigt das Gericht, zu seiner Zuständigkeit Stellung zu nehmen. Erklärt es sich für unzuständig, so entscheidet sich – wie bereits erwähnt – die Frage einer allfälligen Weiterüberweisung der Klage mit Fortdauer der Rechtshängigkeit allein nach seinem Prozessrecht¹⁶.

Inwieweit der Grundsatz der Einheit des Verfahrens vor dem Erst- und Zweitgericht bei einer interkantonalen Ueberweisung befolgt werden kann, beurteilt sich einzig und allein nach dem Prozessrecht des ausserkantonalen Gerichts¹⁷. Jene Prozesshandlungen des unzuständigen zürcherischen Gerichts, mit denen dieses den eigenen Staat berechtigt und verpflichtet hat, wie zum Beispiel die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wirken naturge-

15 Der Genauigkeit halber ist immerhin festzustellen, dass das Erfordernis der Ordnungsmässigkeit der Klageanhebung entgegen der Zuordnung in einzelnen Prozessgesetzen nicht zu den echten Prozessvoraussetzungen gehört, sondern vielmehr – nach deutscher Terminologie – eine sog. Prozesshandlungsvoraussetzung darstellt. Bei deren Fehlen kann die Rechtshängigkeit der Klage nicht eintreten, anders als beim Fehlen einer Prozessvoraussetzung. Vgl. dazu Guldener, ZPR, S. 180; Rosenberg-Schwab, S. 511. Bei Sträuli/Messmer, N 7 zu § 112 ZPO, ist die Reihenfolge falsch aufgeführt ("Bejaht dieses (das ausserkantonale Gericht) seine Zuständigkeit und die Prozessüberweisung, ...").

16 Sträuli/Messmer, N 7 zu § 112 ZPO.

17 Sträuli/Messmer, N 7 zu § 112 ZPO.

mäss nicht für das Verfahren vor dem ausserkantonalen Gericht. Ueber solche Bewilligungen muss dieses auf entsprechenden Antrag hin neu beschliessen. Ebenfalls richtet sich die Pflicht zur Leistung einer Kautions nach dessen Prozessrecht. Dagegen sollten bereits angeordnete vorsorgliche Massnahmen bestehen bleiben; für deren Abänderung oder Aufhebung ist aber wiederum das Prozessrecht des andern Kantons massgebend. Nach zürcherischem Recht versäumte Parteihandlungen dürften wohl nachgeholt werden, wenn das andere Recht deren Vornahme im Stadium, in dem der Prozess überwiesen wird, noch erlaubt.

Aus dem bisher Gesagten geht hervor, in welcher aggressiver Art und Weise im Grunde genommen eine solche Ueberweisung die Gerichte eines andern Kantons "bedrängt" und sie zur Kooperation auffordert. Der zürcherische Gesetzgeber hat seine Gerichte ermächtigt, den vom Kläger beantragten Ueberweisungsentscheid selbst dann zu erlassen, wenn die Anhandnahme des Prozesses im andern Kanton nicht gesichert ist. Im Falle einer Ablehnung der Ueberweisung wird der Prozess endgültig erledigt, die Rechtshängigkeit der Klage fällt dahin; der Ueberweisungsentscheid hat mit andern Worten seine prozessleitende Funktion nicht erfüllen können. Der Kläger muss nun seine Klage korrekt neu in den Formen der *lex fori* anheben.

Es erscheint auf den ersten Blick naheliegend, dass der Kläger, bevor er die Ueberweisung an ein ausserkantoniales Gericht beantragt, dessen Prozessrecht eine solche nicht ausdrücklich akzeptiert, sich bei diesem erkundigt, ob es zur Uebernahme des Prozesses bereit sei¹⁸. Indessen ist zu bedenken, dass ein Gericht erst nach tatsächlich überwiesener Klage verbindlich über deren Anhandnahme entscheiden kann; vorherige Auskünfte über diese Frage – sofern sie überhaupt und innert nützlicher Frist gegeben werden – wären rein informeller und keineswegs rechts-

18 Diese Regelung war im Vorentwurf für eine neue zürch. ZPO von Prof. Guldener aus dem Jahre 1963 vorgesehen. Das zürch. Gericht hätte den Prozess nur dann einem ausserkantonalen Gericht (und zwar von Amtes wegen) überweisen dürfen, wenn sich letzteres vorweg zur Anhandnahme bereit erklärt hätte. Vgl. dazu vorne 1. Teil § 2 III.

verbindlicher Natur. Das ausserkantonale Gericht wäre später an seine Auskunft nicht gebunden (man denke nur an eine mögliche Aenderung in der Besetzung)¹⁹.

II. Die rechtliche Situation hinsichtlich der Ueberweisung in einzelnen Kantonen

A) Kantone mit inner- und interkantonalen Ueberweisung

Hier ist nebst dem Kanton Zürich vorläufig lediglich der Kanton Schwyz aufzuführen, dessen Zivilprozessordnung vom 25.10.1974 (in Kraft seit 1.1.1975) in § 101 die Prozessüberweisung in genau gleicher Art und Weise regelt, wie dies § 112 der zürcherischen ZPO tut. Die beiden Vorschriften sind im Wortlaut identisch und korrelieren deshalb problemlos. Eine Umfrage des Verfassers bei den schwyzerischen Gerichten anfangs 1977 ergab, dass in zwei Jahren nur sehr wenige Ueberweisungen beantragt worden waren (sowohl inner- als auch interkantonal). Dies ist angesichts des kleinen Rechtspflegegebietes und damit verbunden der Ueberschaubarkeit der Zuständigkeitsordnung nicht erstaunlich. Die Prozessüberweisung scheint sich aber in dieser Zeit bewährt zu haben. Allerdings ist – dies ganz allgemein und nicht nur auf den Kanton Schwyz bezogen – festzustellen, dass die Gerichte in der Praxis in der Regel den mit der Ueberweisung zusammenhängenden recht heiklen Problemen wenig Aufmerksamkeit schenken²⁰.

19 Vgl. im übrigen zu solchen Auskünften über die Zuständigkeit des angefragten Gerichts die Ausführungen der I. Zivilkammer des zürch. Obergerichts in ZR 51 Nr. 146.

20 Immerhin sollte soviel Respekt vor dem zivilprozessualen Formalismus vorausgesetzt werden dürfen, dass der beim unzuständigen Gericht eingeleitete Prozess nicht bloss unter Zuhilfenahme des allgemein bekannten vorgedruckten Uebermittlungszettels an das zuständige Gericht "überwiesen" wird.

Der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit einer Klage, die ein unzuständiges zürcherisches dem zuständigen schwyzerischen Gericht überweist, steht somit nichts entgegen; allfällig noch vorhandene Formmängel können ohne Klagerückweisung innerhalb einer vom schwyzerischen Gericht anzusetzenden Frist verbessert werden. Die Fortsetzung des bisherigen Verfahrens durch dieses ist grundsätzlich gewährleistet.

Es bleibt zu hoffen, dass auch die in § 16 des Entwurfs für eine neue Zivilprozessordnung des Kantons Thurgau vorgesehene Prozessüberweisung Gesetz wird. Es handelt sich wie beim Kanton Schwyz wiederum um die unveränderte Uebernahme der Zürcher Regelung. Je mehr Kantone sich zu einem solchen Vorgehen entschliessen können, desto risikoloser wird die Prozessüberweisung im interkantonalen Bereich, was angesichts der heutigen grossen Mobilität der Bevölkerung und der damit verbundenen erhöhten Gefahr einer Klage am falschen Ort sehr zu begrüssen wäre.

B) Kantone mit lediglich innerkantonomer Ueberweisung

Als allgemeine Regel kennt nur der Kanton Waadt innerkantonal die Prozessüberweisung, und zwar von Amtes wegen. Art. 57 al. 3 und art. 61 seines Code de procédure civile (CPC) lauten wie folgt:

Art. 57 al. 3: "Le juge de paix saisi d'une cause dont la valeur litigieuse excède sa compétence est tenu de la renvoyer d'office à la juridiction compétente."

Art. 61: "Le déclinatoire²¹ étant admis, la cause est reportée d'office, dans l'état où elle se trouve, devant le juge compétent, si elle relève d'une autre autorité judiciaire du canton."

21 Unzuständigkeit (örtliche oder sachliche, art. 56 CPC). Es spielt für die Ueberweisung keine Rolle, ob die Unzuständigkeit von Amtes wegen (art. 57 CPC) oder auf Parteienstoss hin (art. 58 CPC) berücksichtigt wurde.

Lorsque la procédure devant cette juridiction est différente de celle qui a été suivie jusqu'au déclinatoire, le juge peut fixer aux parties des délais pour compléter leur procédure.

Si la cause ne relève pas d'une autorité judiciaire du canton, le demandeur est éconduit de son instance."

Abweichend von der zürcherischen Regelung muss hier das unzuständige Gericht das zuständige innerhalb des eigenen Kantons selbst bestimmen. Gemäss art. 60 CPC/Waadt ist der Ueberweisungsentscheid mit dem "recours" als Rechtsmittel anfechtbar; erst wenn er formell rechtskräftig ist, erfolgt die Ueberweisung von Amtes wegen. Nach art. 61 CPC wird die Einheit des Verfahrens vor dem unzuständigen und dem zuständigen Gericht garantiert²². Die der Ueberweisung zugrunde liegende Unzuständigerklärung hat somit keine Prozesserledigung durch das zuerst angerufene Gericht zur Folge. Dies gilt allerdings nicht, wenn ein ausserkantonales Gericht zuständig ist (art. 61 al. 3 CPC); dann unterbleibt die Ueberweisung. Ob angesichts dieser Regelung ein waadtländisches Gericht im umgekehrten Fall berechtigt ist, den von einem zürcherischen Gericht überwiesenen Prozess ohne Rücksicht darauf, wann die Klage nach seinem eigenen Prozessrecht rechtshängig wird, an Hand zu nehmen, ist sehr fraglich. Immerhin hat der waadtländische Gesetzgeber die aktive ausserkantonale Ueberweisung ausdrücklich verboten. Anerkennt der Richter die zürcherische Ueberweisung im günstigsten Fall gleichwohl als grundsätzlich gültige Klageeinleitung nach waadtländischem Prozessrecht, so darf er dem Kläger gemäss bisheriger Praxis zur Verbesserung der noch vorhandenen Formmängel eine Frist gewähren, ohne deshalb die Klage formell zurückweisen zu müssen²³.

Nicht als allgemeine Regel, sondern nur in Einzelfällen sieht das bernische Prozessrecht die direkte Ueberweisung der Klage an das zuständige Gericht vor. So wird bei nachträglichem Wegfall der sachlichen Zuständigkeit des Gerichts infolge einer Klageänderung das Verfah-

22 Bonnard, p. 184.

23 Guldener, ZPR, S. 233 Anm. 23 Abs. 2.

ren gemäss Art. 94 Abs. 3 ZPO/Bern von Amtes wegen dem kompetenten Richter überwiesen. Ebenfalls erfolgt nach Erhebung einer Widerklage, welche für sich allein wegen ihres Streitwertes die sachliche Zuständigkeit des vom Kläger angerufenen Richters übersteigt, gemäss Art. 140 Abs. 1 ZPO/Bern die Ueberweisung des ganzen Rechtsstreites von Amtes wegen an den zuständigen Richter²⁴. Ferner entscheidet gemäss § 12 des Dekrets betreffend das Handelsgericht vom 17.11.1938 der bernische Appellationshof im Plenum verbindlich darüber, ob das Handelsgericht oder ein ordentliches Gericht zuständig sei, wenn das angerufene Gericht sich nicht für zuständig hält oder sich, obschon seine Zuständigkeit bestritten worden ist, formell für zuständig erklärt hat. Die Klage wird vom Appellationshof nach seinem Entscheid von Amtes wegen direkt dem zuständigen Gericht überwiesen. Es handelt sich hier nach französischem Vorbild um eine Ueberweisung, die erst in der Appellationsinstanz möglich wird, wenn die Zuständigkeit zwischen dem angegangenen und dem als zuständig behaupteten Gericht unklar ist; ein Entscheid muss diesfalls von Amtes wegen zur Ueberprüfung der oberen Instanz vorgelegt werden²⁵. Im übrigen existiert im Kanton Bern keine weitere Möglichkeit zu einer direkten Ueberweisung; es kommt im Falle der Unzuständigkeit eines Gerichts nurmehr die Neueinleitung der Klage in Frage, wobei gemäss Art. 163 ZPO/Bern der Eintritt der Rechtshängigkeit auf denjenigen Zeitpunkt zurückbezogen wird, in dem die Klage beim unzuständigen Gericht eingereicht wurde, sofern sie innert zehn Tagen beim zuständigen bernischen Richter neu angebracht wird (siehe unten C)).

24 Vgl. dazu Leuch, N 3 zu Art. 140 ZPO/Bern.

25 Vgl. zu der Ueberweisung in Frankreich hinten § 17 II. lit. B.

- C) Kantone mit dem der Ueberweisung nahestehenden Institut der (innerkantonalen) Rückbeziehung der Rechtshängigkeit einer beim zuständigen Gericht neu angebrachten Klage auf das Datum ihrer ersten (fehlerhaften) Einreichung beim unzuständigen Gericht

Hierunter fallen die Kantone Bern (Art. 163 ZPO), Graubünden (Art. 105 Abs. 5 ZPO), Zug (Art. 91 ZPO), Freiburg (Art. 76 und 128 ZPO) und Neuenburg (art. 168 CPC)²⁶. Dieses Institut unterscheidet sich trotz seiner Verwandtschaft von demjenigen der Ueberweisung in verschiedener Hinsicht: An erster Stelle einmal in der Art der juristischen Konstruktion. Es arbeitet mit einer Fiktion; tatsächlich muss die Klage innert einer bestimmten Frist vom Kläger selbst beim zuständigen Richter neu angebracht (rechtshängig gemacht) werden, rechtlich gilt dann aber das Datum des Eintritts der Rechtshängigkeit beim unzuständigen Richter. Demgegenüber kommt das Institut der Ueberweisung ohne eine solche Fiktion aus; dank ihm muss die Klage weder neu eingeleitet noch ihre Rechtshängigkeit zurückbezogen werden. Letztere bleibt auf natürliche Art und Weise erhalten, und das Verfahren kann direkt beim zuständigen Gericht fortgesetzt werden. Ferner muss das unzuständige Gericht, kennt das Prozessrecht seines Kantons nur das Institut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit, die Klage formell zurückweisen²⁷, weshalb die beklagte Partei vorerst im ungewissen darüber bleibt, ob die Klage rechtzeitig neu eingereicht wird oder nicht. Selbst wenn dies der Fall ist, stellt sich zudem die Frage, ob die zurückgewiesene Klage während der vom Prozessrecht gewährten Nachfrist ununterbrochen rechtshängig bleibt, wobei deren Versäumung als auflösende Bedingung gelten würde, oder ob im Gegenteil die Rechtshängigkeit der Klage infolge der Zurückweisung vorerst unterbrochen wird und bei Einhaltung der Frist

26 Vgl. auch Art. 27 Abs. 2 BZPO.

27 Dieser Rückweisungsentscheid hat unabhängig von der Frage der Neueinreichung der Klage beim zuständigen bernischen Richter sämtliche Kosten zu liquidieren (Leuch, N 7 zu Art. 163 ZPO/Bern).

im Sinne einer suspensiven Bedingung rückwirkend wieder eintritt. Allein im ersteren Fall (resolutive Bedingung) ist eine Verwirkungsfrist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁸ mit der Klageerhebung beim unzuständigen Gericht gewahrt, da dann die Rechtshängigkeit ohne Unterbrechung andauert. Die Tragweite einer solchen prozessualen Nachfrist ist in jedem Kanton gesondert abzuklären. All diese Ueberlegungen machen deutlich, dass das Rechtsinstitut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit verglichen mit demjenigen der Ueberweisung nicht zu befriedigen vermag.

Stellvertretend für solche Vorschriften sei hier diejenige von Art. 163 ZPO/Bern zitiert:

"Wird eine infolge Beanstandung der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit oder wegen eines verbesserlichen Fehlers zurückgezogene oder vom Richter zurückgewiesene Klage innert zehn Tagen nach dem Rückzug oder der Rückweisung beim zuständigen bernischen Richter neu angebracht, so gilt als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit das Datum der ersten Klageeinreichung.

Geht die Rückweisung vom Appellationshofe aus, so bezeichnet dieser, sofern es nach der Aktenlage tunlich ist, gleichzeitig in verbindlicher Weise den zuständigen bernischen Richter."

Wird die Klage binnen dieser zehntägigen Frist neu eingebracht, so wird die beim unzuständigen bernischen Gericht begründete Rechtshängigkeit nicht unterbrochen²⁹. Diese prozessuale Nachfrist ist somit geeignet, die zwischen der Anhebung und der Rückweisung der Klage eintretende Verwirkung des Klagerechts aufzuhalten³⁰.

Wie der zuständige Richter in einem Kanton mit einer derartigen oder ähnlichen prozessrechtlichen Vorschrift auf eine zürcherische Prozessüberweisung reagiert, ist schwierig abzuklären und kann nicht allgemein

28 BGE 75 III 78 hinsichtlich der Arrestforderungsklage (§ 163 ZPO/Bern betreffend).

29 So ausdrücklich festgestellt in ZbJV 86 S. 467, vgl. auch BGE 82 III 42. Es liegt somit eine Resolutivbedingung vor.

30 Leuch, N 6 zu Art. 163 ZPO/Bern.

vorausgesagt werden. Grundsätzlich wäre es natürlich wünschenswert, wenn der bei einem unzuständigen ausserkantonalen Gericht klagende Kläger nicht schlechter gestellt würde als wenn er ein unzuständiges Gericht innerhalb jenes Kantons angerufen hätte. Das hiesse, dass die Rechtshängigkeit auch auf den Zeitpunkt ihres Eintritts beim unzuständigen ausserkantonalen Gericht zurückbezogen werden dürfte³¹. Bezüglich einer Auslegung von Art. 163 ZPO/Bern in diesem Sinne findet sich ein Hinweis in BGE 82 III 42 ff.; es handelte sich hier um die fristgemässe Neuanhebung einer ursprünglich im Kanton Bern eingereichten Arrestforderungsklage beim zuständigen neuenburgischen Gericht nach einer Unzuständigerklärung des bernischen Richters. Art. 168 CPC/Neuenburg ist praktisch identisch mit Art. 163 ZPO/Bern, weshalb die Wirkung dieser beiden Vorschriften bezüglich der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit im interkantonalen Bereich zur Diskussion stand. Das Bundesgericht hatte über die Wirksamkeit der beim unzuständigen bernischen Richter eingeleiteten Klage bezüglich der Arrestprosequierung zu entscheiden, konnte aber die Frage hinsichtlich der Anwendbarkeit von Art. 163 ZPO/Bern bzw. art. 168 CPC/Neuenburg offen lassen, da die Klage noch während des Laufes der bernischen Appellationsfrist beim neuenburgischen Gericht eingereicht worden und deshalb kein Unterbruch in der Rechtshängigkeit eingetreten war. Die bernische Vorinstanz bejahte die Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit indessen auf Grund der beiden vorerwähnten Bestimmungen. Eine Stellungnahme des neuenburgischen Gerichts zu dieser Frage lag nicht vor. Eine ähnliche Situation entstünde bei einer Ueberweisung gemäss § 112 ZPO/Zürich.

Im folgenden sollen noch einige Erläuterungen zu den eingangs bereits genannten verschiedenen kantonalen Vorschriften hinzugefügt werden. Gemäss art. 168 al. 2 et 3 CPC/Neuenburg und Art. 76 und 128 ZPO/Freiburg wird die Prozesssache vom zuständigen kantonalen Richter ausdrücklich in demjenigen Stadium wieder aufgenommen, in dem sie sich zur Zeit der Unzuständigerklärung befand, sofern die Klage binnen zehn Tagen neu angehoben wird. Zudem hat nach art. 15 al. 3 CPC/

31 Ablehnend Guldener, IZPR, S. 83 f..

Neuenburg die beklagte Partei anlässlich der Unzuständigkeitsinrede das ihrer Ansicht nach zuständige Gericht zu bezeichnen, um damit dem Kläger die Prozessführung zu erleichtern. Sogar im formellen Unzuständigkeitsentscheid des Gerichts selbst ist gemäss den genannten freiburgischen Vorschriften das zuständige Gericht aufzuführen, sofern sie dieses innerhalb des eigenen Kantons befindet (obwohl keine direkte Ueberweisung an dieses erfolgt). Solche Vorschriften wollen die Verfahrenseinheit bei der Substitution des unzuständigen Gerichts durch das zuständige garantieren. Allerdings geschieht dies, obwohl dazwischen eine formelle (an sich prozesserledigende) Zurückweisung und Neuanbringung der Klage liegen, was mit einer echten (prozessleitenden) Ueberweisung vermieden werden kann. Das Institut der Rückbeziehung des Eintritts der Rechtshängigkeit erweist sich für solche Zielsetzungen als ungeeignet; es setzt seiner Natur nach eigentlich voraus, dass mit der Rückweisung der Klage beim unzuständigen Gericht das bis dahin geführte Verfahren beendet wird. Lediglich die Rechtshängigkeit der zweiten Klage wird fiktiv auf ein früheres Datum zurückbezogen.

Gemäss Art. 105 Abs. 5 ZPO/Graubünden beträgt die Frist zur Einreichung der zweiten Klage beim zuständigen Gericht sechzig Tage (analog Art. 139 OR). Wird sie eingehalten, so gilt die Rechtshängigkeit auch angesichts ihres bloss fingierten Rückbezugs nach dieser Vorschrift ausdrücklich als seit der Klageanhebung beim unzuständigen Gericht ununterbrochen gewahrt; die nicht rechtzeitige Einreichung der zweiten Klage stellt somit eine Resolutivbedingung dar. Eine Verfahrenseinheit ist hier allerdings nicht speziell vorgesehen.

D) Kantone ohne prozessuale Rechtsbehelfe zur Ueberwindung
der nachteiligen Folgen einer Klageeinleitung
bei einem unzuständigen Gericht

Hierunter fallen – soweit ersichtlich – alle übrigen, vorstehend unter A), B) und C) nicht genannten Kantone. Während die interkantonale Pro-

zessüberweisung bereits bei jenen Kantonen, die zumindest einen entsprechenden innerkantonal wirksamen Rechtsbehelf kennen (vorstehend unter B) und C)), recht spekulativ ist, ist sie es noch viel mehr bei den Kantonen ohne irgendeine solche Regelung. Hier hat der Richter keine Möglichkeit, den überwiesenen Prozess allenfalls auf Grund der Auslegung einer einschlägigen Norm seines Prozessrechts³² ohne Unterbrechung der Rechtshängigkeit an Hand zu nehmen. Es bleibt ihm nur der Weg über die richterliche Lückenfüllung, sofern er diesen überhaupt als zulässig erachtet. Immerhin ist zu bedenken, dass damit der bei einem unzuständigen Gericht eines andern Kantons klagende Kläger auf Grund der dort zulässigen aktiven interkantonalen Prozessüberweisung besser gestellt wird als derjenige, der zuerst ein unzuständiges Gericht innerhalb des betreffenden Kantons anruft. Dieses Argument spricht dagegen, dass Gerichte in solchen Kantonen berechtigt sind, die überwiesene Klage an Hand zu nehmen. Schliesslich muss auch der Kläger, dessen Klage infolge Unzuständigkeit eines Gerichts dieses Kantons zurückgewiesen wird, die Klage beim zuständigen Gericht innerhalb des gleichen Kantons in den entsprechenden Formen neu einleiten.

Die Gerichte scheinen indessen bei interkantonalen Ueberweisungsfällen solchen grundsätzlichen Betrachtungen eher abgeneigt zu sein. So wurde dem Verfasser bekannt, dass sowohl das Bezirksgericht Uster als auch das Handelsgericht des Kantons Zürich im Jahre 1976 (also noch unter altem Recht) je einen von einem schwyzerischen Gericht überwiesenen Prozess ohne weiteres an Hand nahmen und das nach schwyzerischem

32 Sofern überhaupt noch von einer Auslegung einer solchen Norm bei ihrer Erstreckung auf interkantonale Verhältnisse gesprochen werden kann. Das ist nur der Fall, wenn die aus ihrem Zweckgedanken gewonnene Erkenntnis auf diese Verhältnisse angewendet werden kann in der Annahme, das Gesetz habe sie letztlich auch regeln wollen (vgl. dazu BGE 90 I 137). Andernfalls handelt es sich bereits um eine unter Art. 1 Abs. 2 ZGB fallende Gesetzesanalogie, worunter man die Uebernahme einer schon vorhandenen rechtlichen Regelung auf einen von dieser nicht erfassten, aber in wesentlicher Beziehung gleichen Tatbestand versteht.

Prozessrecht eingeleitete Verfahren direkt fortsetzten. Zur Frage des Vorliegens von Formmängeln nahm lediglich das Handelsgericht kurz Stellung. Ueberhaupt kein Mangel wurde in der Unterlassung des zürcherischen Sühnverfahrens erblickt, da das schwyzerische in den Grundzügen dem zürcherischen entspreche. Es wurde lediglich Frist zur Nachreichung weiterer Exemplare der Klageschrift angesetzt, die im übrigen den Anforderungen des zürcherischen Prozessrechts genüge. Die Rechtshängigkeit der überwiesenen Klage blieb somit erhalten. Gleich verfuhr auch das Kantonsgericht Obwalden bei einem vom Bezirksgericht Einsiedeln (Kanton Schwyz) überwiesenen Ehelichkeitsanfechtungsprozess, den es ohne weiteres übernahm³³, obwohl das obwaldnerische Prozessrecht keine dem § 112 Abs. 2 ZPO/Zürich analoge Regelung kennt. Für die Berechnung der Einhaltung der dreimonatigen Verwirkungsfrist für die Anfechtung gemäss Art. 253 ZGB wurde auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit der Klage beim Bezirksgericht Einsiedeln abgestellt und nicht auf denjenigen beim Kantonsgericht Obwalden (richtigerweise lag zwar schon eine gültige Klageanhebung im Sinne des Bundesrechts mit der Anrufung des schwyzerischen Friedensrichters vor³⁴). Die Frist wurde in casu als nicht eingehalten beurteilt und die Klage demzufolge abgewiesen. Das zeigt die Bereitschaft des obwaldnerischen Kantonsgerichts zur Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit der überwiesenen Klage und zur Fortsetzung des schwyzerischen Verfahrens, obwohl sein eigenes Prozessrecht überhaupt keine diesbezügliche Regelung kennt.

33 Urteil des Kantonsgerichts Obwalden vom 8. April 1976 in Sachen K. ca. K. geb. F.D. und K.A.

34 § 90 ZPO/Schwyz entspricht § 101 ZPO/Zürich. Die Weisung erlischt allerdings bereits nach Ablauf von zwei Monaten. Vgl. zu § 101 ZPO Sträuli/Messmer, N1.

§ 10 PASSIVE UEBERWEISUNG VON EINEM GERICHT
EINES ANDERN KANTONS

Von zürcherischer Seite aus ergeben sich bei solchen Ueberweisungen keine grundsätzlichen Probleme. Gestützt auf § 112 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 3 ZPO bleibt die vom Gericht eines andern Kantons überwiesene Klage ununterbrochen rechtshängig, sofern sie nach dessen Prozessrecht rechtshängig geworden ist. Dies gilt selbst dann, wenn das Prozessrecht des andern Kantons keine die Rechtshängigkeit aufrechterhaltende aktive ausserkantonale Ueberweisung vorsieht³⁵.

Erachtet sich das Zürcher Gericht als zuständig, so entscheidet es nach freiem Ermessen, ob und inwieweit das bisherige Verfahren zu wiederholen ist (§ 112 Abs. 2 ZPO). Erscheint die Durchführung des Sühnverfahrens geboten, weil im andern Kanton kein solches stattfand oder sich dieses nach wesentlich andern Grundsätzen abspielte, so setzt das Gericht dem Kläger dazu Frist an. Es behält die überwiesene (und damit rechtshängige) Klage aber inzwischen an Hand und schreibt sie erst ab, wenn die Weisung nicht innert Frist eingereicht wird oder sich die Parteien vor dem Sühnbeamten gütlich geeinigt haben. Der Kläger hat den Friedensrichter selbst anzurufen, das Gericht leitet die Klage nicht etwa gemäss § 194 GVG infolge Unterlassung des Sühnverfahrens von Amtes wegen an diesen weiter, weil hier keineswegs eine zur Anwendung dieser Bestimmung erforderliche irrtümliche Zustellung einer Eingabe an die falsche Gerichtsbehörde vorliegt³⁶. Die friedensrichterliche Weisung ist wegen der Wirkung der Prozessüberweisung nicht als Element zur Begründung der Rechtshängigkeit der Klage vonnöten, sie erfüllt lediglich die Funktion eines Ausweises über die ordnungsgemässe Durchführung des Sühnverfahrens. Die Wiederholung von anderen Prozesshandlungen

35 Sträuli/Messmer, N 8 zu § 112 ZPO.

36 Vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 2 zu § 102 ZPO. Die dort vorgeschlagene Anwendung von § 194 GVG bezieht sich nur auf die direkte Klageeinleitung beim zürcherischen Gericht entgegen § 93 ZPO und nicht auf den Fall einer Prozessüberweisung.

der Parteien erscheint nur dann angezeigt, wenn die ihnen zugrundeliegenden Verfahrensvorschriften wesentlich von den entsprechenden zürcherischen Bestimmungen abweichen.

Stellt das Zürcher Gericht allenfalls fest, dass die Klage beim Gericht des andern Kantons gar nicht rechtshängig geworden ist (oder erweist sich die "Klage" nur als das beim ausserkantonalen Friedensrichter gestellte und "überwiesene" Sühnbegehren), so kann es, liegt mindestens eine nach dem andern Prozessrecht gültige Weisung vor, die Klage an Hand behalten und diese Weisung entgegennehmen. Die Durchführung des Sühnverfahrens erübrigt sich, wenn das in jenem Kanton vorgenommene entsprechende Verfahren in den Grundzügen dem zürcherischen entspricht³⁷. Die Klage wird diesfalls aber erst mit ihrer Einreichung beim Zürcher Gericht rechtshängig.

37 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 109 ZPO.

4. Teil

SPEZIELLE UEBERWEISUNGSARTEN

§ 11 UEBERSICHT

Der Rechtsbehelf der Prozessüberweisung dient in erster Linie dazu, diejenigen Rechtsnachteile zu vermeiden, die den Kläger treffen, wenn er ein örtlich oder sachlich für den betreffenden Streitgegenstand nicht zuständiges Gericht anruft. Damit ist sein Anwendungsbereich jedoch noch nicht vollständig abgesteckt. Prozessüberweisungen sind umso notwendiger, wenn sich ein für den von den Parteien bestimmten Streitgegenstand durchaus zuständiges Gericht nachträglich aus gewissen Gründen für unzuständig erklärt. Dagegen können sich die Parteien nicht vorsehen. So muss der Einzelrichter nachträglich seine Unzuständigkeit erklären, wenn er bestimmte, bei ihm einzureichende Begehren wegen ungenügender Abklärungsmöglichkeiten im summarischen Verfahren nicht befriedigend behandeln kann. Solche Begehren hat er mangels Liquidität an das ordentliche Gericht zu überweisen (§ 221 ZPO). Als blosse Folge seines Ermessensentscheides, in dem er die ihm im summarischen Verfahren zur Verfügung stehenden Beweismittel für die zum Sachentscheid notwendigen Feststellungen als unzureichend erachtet, entfällt seine sachliche Zuständigkeit¹.

Ferner hat die Gerichtspraxis einen Fall der Ueberweisung geschaffen, der seinen Ausgangspunkt in einer auf blossen Zweckmässigkeitsüberlegungen beruhenden Unzuständigerklärung hat. Ist ein vor dem Hauptprozess im summarischen Befehlsverfahren anhängig gemachtes Begehren um den Erlass vorsorglicher Massnahmen (§ 222 Ziff. 3 ZPO) zum Zeitpunkt des Beginns des Hauptprozesses noch nicht erledigt, so kann

¹ Frank, S. 81.

es unter Umständen geboten sein, dieses Begehren nicht mehr im einzelrichterlichen Verfahren weiter zu behandeln, sondern dem mit dem Hauptprozess befassten ordentlichen Richter zu überweisen.

Als Anhang soll in diesem 4. Teil über die speziellen Ueberweisungsarten auch die Weiterleitung von irgendwelchen prozessrechtlich relevanten Eingaben an die zuständige Behörde behandelt werden, wenn eine solche Eingabe innert Frist aus Irrtum an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet wurde (§ 194 GVG). Da diese Weiterleitungen häufig als Ueberweisungen bezeichnet werden, es sich dabei aber nicht um Prozessüberweisungen im technischen Sinne handelt, sollen sie zur Abgrenzung etwas genauer untersucht werden.

§ 12 UEBERWEISUNGEN VON BEIM EINZELRICHTER IM SUMMARISCHEN VERFAHREN EINZUREICHENDEN BEGEHREN AN DAS ORDENTLICHE GERICHT ZUFOLGE ILLIQUIDITAET

I. Die gesetzliche Begrenzung dieser Begehren und damit zusammenhängende Probleme

§ 221 ZPO bestimmt, dass der Einzelrichter, wenn er die tatsächlichen Verhältnisse mit den Mitteln des summarischen Verfahrens nicht genügend abklären kann, die im Gesetz aufgezählten Begehren dem ordentlichen Gericht zu überweisen hat. Auf Grund der Gesetzessystematik gilt diese Vorschrift nur für die im 3. Abschnitt des III. Teiles der Zivilprozessordnung aufgeführten ZGB- und OR-Sachen (§§ 215 Ziff. 1-42 und 219 Ziff. 1-24 ZPO). SchK-Sachen sowie Angelegenheiten im Befehls- und Beweissicherungsverfahren (2., 4. und 5. Abschnitt des III. Teiles der ZPO) fallen nicht unter diese Bestimmung². Ausdrücklich ist ferner,

2 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 221 ZPO.

obwohl es sich um eine ZGB-Sache handelt, im Unterschied zum alten Recht die Ueberweisung illiquider Eheschutzbegehren ausgeschlossen worden (§ 216 ZPO). Beim Befehlsverfahren im engeren Sinn (§ 222 Ziff. 2 ZPO) ist in diesem Zusammenhang noch auf § 226 ZPO hinzuweisen, nach welcher Vorschrift der Einzelrichter auf solche Begehren, falls illiquide Verhältnisse vorliegen, nicht weiter eintreten darf, ohne dass er sie allerdings – wie erwähnt – direkt ins ordentliche Verfahren überweisen kann. Dem Kläger steht diesfalls lediglich die Neueinreichung der Klage im ordentlichen Verfahren (via Friedensrichter) gemäss § 226 Satz 2 ZPO offen. Mit der Formulierung, dass der Einzelrichter auf illiquide Befehlsbegehren nicht eintreten dürfe, wird eindeutig klargestellt, dass die Illiquidität keine materielle Abweisung³, sondern nur die formelle Zurückweisung des Begehrens wegen Fehlens einer speziellen Prozessvoraussetzung (der Liquidität) zur Folge hat. Das ist deshalb von grosser Bedeutung, weil ein abweisendes (materielles) Urteil im summarischen Verfahren nach neuem Recht hinsichtlich der Rechtskraft demjenigen im ordentlichen Verfahren gleichsteht, und somit einer neuen Klage im ordentlichen Verfahren die Einrede der abgeurteilten Sache entgegenstehen würde⁴. Die Rechtfertigung dafür, dass illiquide Befehlsbegehren im Unterschied zu illiquiden ZGB/OR-Sachen nicht direkt dem ordentlichen Gericht überwiesen werden können, ergibt sich aus dem Umstand, dass der Kläger bei ersteren anders als bei letzteren von Anfang an nach seiner Wahl auch den ordentlichen Prozess hätte einleiten können⁵.

Finden weder § 226 noch insbesondere § 221 ZPO (direkte Ueberweisung) Anwendung, so wird dem Kläger die Beweisführung im ordentlichen Verfahren verunmöglicht, was notgedrungen zur Zulassung sämtlicher Be-

3 Eine solche wurde nach altem Recht gemäss herrschender Praxis vorgenommen. Vgl. dazu Sträuli/Messmer, N 6 zu § 226 ZPO; Frank, S. 81 f.; Kritik bei Walder, PE, S. 77.

4 § 212 Abs. 1 ZPO. Vgl. dazu auch Sträuli/Messmer, N 5 zu § 212 ZPO. Ist die Berechtigung des Begehrens aber lediglich glaubhaft zu machen, so gilt § 212 Abs. 3 ZPO.

5 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 226 ZPO.

weismittel im summarischen Verfahren führen muss, damit die Illiquidität behoben werden kann. Diese Regelung ist in § 209 Abs. 2 ZPO vorgesehen. Sie wird nun auch bei Eheschutzbegehren aktuell, die bei Illiquidität nach § 216 ZPO nicht mehr wie gemäss altem Recht⁶ ins ordentliche Verfahren überwiesen werden dürfen. Diese Neuordnung ergab sich aus der Auffassung, dass ein aufwendiger ordentlicher Prozess mit seiner die Ehepartner stark belastenden Wirkung dem Anliegen des Eheschutzes nicht entspricht⁷. In der Natur der Sache liegt es, dass auch Verfahren auf einseitiges Vorbringen⁸, die neu in das summarische Verfahren integriert wurden, bei Illiquidität nicht in das ordentliche Verfahren überwiesen werden können, da letzteres stets zwei Parteien voraussetzt, welches Erfordernis hier fehlt⁹.

Selbst wenn aber eine direkte Ueberweisung in, bzw. ein indirekter Verweis auf das ordentliche Verfahren gemäss §§ 221, bzw. 226 ZPO möglich wäre, können sie vermieden werden, wenn durch die Zulassung weiterer, in § 209 Abs. 1 ZPO nicht vorgesehener Beweismittel das summarische Verfahren nicht wesentlich verzögert wird¹⁰. Diesfalls ist ein solches, etwas einlässlicher geführtes summarisches Verfahren einem grösseren ordentlichen Prozess vorzuziehen¹¹.

6 Zum alten Recht vgl. § 288 in Verbindung mit § 287 Ziff. 2 aZPO. Dazu Frank, S. 81 ff..

7 Sträuli/Messmer, N 9 zu § 216 ZPO.

8 § 211 Abs. 1 ZPO. Nach altem Recht: Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen, §§ 378 ff. aZPO.

9 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 211 ZPO.

10 § 209 Abs. 2 ZPO.

11 Sträuli/Messmer, N 4 zu § 209 ZPO.

II. Die Voraussetzung der Illiquidität

Die Ueberweisung darf nur bei illiquiden tatsächlichen Verhältnissen vorgenommen werden, nicht aber bei rechtlichen Schwierigkeiten¹². Letztere berechtigen den Einzelrichter nur beim Befehlsverfahren im engeren Sinne (§ 222 Ziff. 2 ZPO) mangels klarem Recht zu einem Nichteintretensentscheid und zum Verweis des Klägers auf das ordentliche Verfahren gemäss § 226 ZPO. Die Illiquidität kann sich naturgemäss bei solchen Begehren überhaupt nicht ergeben, deren Berechtigung lediglich glaubhaft gemacht werden muss¹³. Bei bestrittenen Sachverhalten gewinnt die glaubhaftere Darstellung die Oberhand. Eine definitive Abklärung findet hier nur eventuell im ordentlichen Verfahren statt, aber nie auf dem Weg der direkten Ueberweisung, sondern erst nach Erledigung des summarischen Verfahrens durch die Einreichung der ordentlichen Klage in-
nert der vom Richter dazu anzusetzenden Frist¹⁴. Bevor der Einzelrichter die Illiquidität bejahen darf, hat er intensiv mit den ihm gemäss § 209 Abs. 1 ZPO zur Verfügung stehenden Beweismitteln¹⁵ die tatsächlichen Verhältnisse abzuklären. Kann er durch die Zulassung weiterer Beweismittel gemäss § 209 Abs. 2 ZPO die Illiquidität vermeiden, so hat er dies dann zu tun, wenn das Beweisverfahren zügig durchgeführt

12 ZR 58 Nr. 4 Erw. 2; Sträuli/Messmer, N 4 zu § 221 ZPO.

13 Das gilt auch – abgesehen von den vorprozessualen vorsorglichen Massnahmen (§ 222 Ziff. 3 ZPO) – für gewisse Geschäfte nach ZGB und OR, welche ebenfalls den Charakter von vorsorglichen Massnahmen haben, so zum Beispiel für die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen und vorläufigen Eintragungen im Grundbuch (Sträuli/Messmer, N 84 f. zu § 215 Ziff. 42 ZPO) und für die Hinterlegung (§ 220 Abs. 1 ZPO).

14 Die Fristansetzung nach Erlass selbständiger vorsorglicher Massnahmen des Einzelrichters (§ 222 Ziff. 3 ZPO) schreibt § 228 ZPO vor. Diese Bestimmung ist auf die weiteren in Anm. 13 (vorstehend) genannten Geschäfte analog anzuwenden (Sträuli/Messmer, N 2 zu § 228 ZPO).

15 Persönliche Befragung der Parteien gemäss § 149 ZPO, schriftliche Auskünfte, Augenscheine und Urkunden.

werden kann und kein allzu grosser Verzögerungseffekt eintritt¹⁶. Ist nur ein Teil des Begehrens liquid, kann über diesen entschieden, der Rest aber wegen Illiquidität dem ordentlichen Gericht überwiesen werden¹⁷.

Der Ausgangspunkt der Prozessüberweisung wegen Illiquidität ist gleich wie bei den andern Ueberweisungen ein Unzuständigkeitsentscheid. Dieser kommt aber erst nach Abschluss des Hauptverfahrens als blosser Folge der Beurteilung der Beweislage durch den summarischen Richter zustande. Er kann somit auf Grund des ihm in diesem Zusammenhang zustehenden Ermessens seine sachliche Unzuständigkeit herbeiführen; diese fehlt nicht von Anfang an oder kommt nachträglich in Wegfall wegen des von den Parteien bestimmten Streitgegenstandes. Diese Besonderheit rechtfertigt die Einreihung solcher Prozessüberweisungen unter die speziellen Ueberweisungsarten. Wäre der Einzelrichter für die Streitsache an sich unzuständig, so hätte er sie unverzüglich auf Grund von § 112 ZPO bei entsprechender klägerischer Antragstellung dem zuständigen Richter zu überweisen. Die Ueberweisung wegen Illiquidität gestützt auf § 221 ZPO erfolgt wie nach altem Recht¹⁸ von Amtes wegen¹⁹, womit die Fortsetzung des Verfahrens auf jeden Fall gewährleistet ist.

III. Abwicklung und Wirkung der Ueberweisung und daraus sich ergebende prozessuale Probleme

Vor der Ueberweisung in das ordentliche Verfahren ist das Rechtsbegehren genau zu formulieren, sofern dies nicht bereits schon geschehen ist.

16 § 209 Abs. 2 letzter Teil des Satzes; vgl. dazu ferner Frank, S. 83; a. M. Sträuli/Hauser, N 2 zu § 282 aZPO. Die Kosten des Beweisverfahrens spielen keine Rolle mehr, anders noch gemäss § 280 Abs. 2 aZPO.

17 ZR 64 Nr. 9 Erw. 3.

18 § 288 Abs. 2 aZPO.

19 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 221 ZPO.

Es wird sich auf Grund des bisher durchgeführten summarischen Verfahrens in der Regel ohne weitere Befragung ergeben; eine Frist zur genauen Formulierung wird dem Kläger nach neuem Recht nicht mehr angesetzt (anders noch gemäss § 288 Abs. 2 Satz 2 aZPO). Eine Erweiterung des Rechtsbegehrens (Klageänderung) vor der Ueberweisung ist grundsätzlich im Rahmen von § 61 ZPO möglich²⁰; der weitere oder andere Anspruch muss aber in die Zuständigkeit des summarischen Richters fallen. Auch nach der Ueberweisung wäre eine Klageänderung theoretisch noch möglich²¹, sofern die geänderte Klage innerhalb der Zuständigkeit des Einzelrichters (und nicht etwa des nur für das Beweisverfahren zuständigen ordentlichen Gerichts) liegen würde. Sie dürfte jedoch erst während des Beweisverfahrens kaum mehr zulässig sein, weil dadurch die Stellung des Beklagten in diesem Prozessstadium meist wesentlich verschlechtert und das Verfahren unter Umständen ungebührlich verzögert würde (§ 61 Abs. 1 ZPO).

Die Beurteilung der Beweislage durch den Einzelrichter als illiquid, auf Grund derer seine sachliche Zuständigkeit nachträglich entfällt, ist in einen formellen Ueberweisungsentscheid zu fassen²². Dieser beendet die Anhängigkeit des summarischen Verfahrens beim Einzelrichter (also dessen tatsächliches Befasstsein damit), leitet es aber zugleich zur Weiterbehandlung an das ordentliche Gericht weiter. Einzelrichter und ordentliches Gericht bilden eine Instanz. Deshalb ist entgegen der von Sträuli/Messmer in Anlehnung an die frühere Rechtsprechung vertretenen Auffassung²³ dieser Entscheid nicht als Erledigungs-, sondern als prozessleitender Entscheid zu qualifizieren. Er sichert den Fortgang des

20 Sträuli/Messmer, N 11 zu § 61 ZPO.

21 Ablehnend (nach altem Recht) Frank, S. 85 Spalte 2 lit. c; anders nun Sträuli/Messmer, N 3 zu § 221 ZPO.

22 Vgl. dazu die Musterbuchsammlung für die zürcherischen Bezirksamte vom Dezember 1976, Ziff. 8.13.

23 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 221 ZPO, N 11 zu § 188, N 10 zu § 271 und N 4 zu § 272 ZPO. Ebenso Frank, S. 83. Ferner ZR 64 Nr. 9 und 68 Nr. 116 Erw. 1.

Verfahrens; die ihm zugrundeliegende Unzuständigkeitserklärung führt nicht zur Zurückweisung des Rechtsbegehrens. Die einzelrichterliche Ueberweisungsverfügung ist demzufolge – was im Interesse der Prozessbeschleunigung liegt – nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 282 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO anfechtbar, mit welcher gerügt werden kann, dass sie ohne Not erlassen worden sei, wenn behauptet wird, die Beweislage im summarischen Verfahren sei klar genug. Unter diesen Umständen würde die Ueberweisung einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz verletzen (Verweigerung des rechtlichen Gehörs im summarischen Verfahren infolge unberechtigter Annahme der Illiquidität) und liefere zudem auf einen unnötig grossen Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges ordentliches Beweisverfahren hinaus (§ 282 Abs. 1 Ziff. 2 in Verbindung mit § 281 Ziff. 1 ZPO). Trotz der Ausschaltung des Rekurses (gemäss § 272 Abs. 1 ZPO ist dieses Rechtsmittel im summarischen Verfahren nur gegen Erledigungsverfügungen zulässig) ist das Rechtsschutzbedürfnis der Parteien genügend gewahrt, da sie mit der Nichtigkeitsbeschwerde rügen können, der Einzelrichter überschreite mit der Anordnung der Ueberweisung offensichtlich seinen ihm bei der Beurteilung der Beweislage zustehenden Ermessensspielraum.

Bereits unter altem Recht wurde es vom Obergericht im Entscheid ZR 64 Nr. 9 als zulässig erachtet, davon auszugehen, es handle sich bei einer solchen einzelrichterlichen Ueberweisung um eine prozessleitende Verfügung. Demgemäss bejahte es ihre Rekursfähigkeit gestützt auf § 334 Ziff. 3 aZPO (wegen Verletzung klarer Prozessvorschriften, welche nach altem Recht – im Unterschied zum neuen – mit Rekurs gerügt werden konnte). Gleichzeitig liess es den Rekurs aber auch gestützt auf § 334 Ziff. 2 (richtig wohl: Ziff. 7) aZPO zu, welche Bestimmung sich allein auf die Erledigungsverfügungen des Einzelrichters im summarischen Verfahren bezog. Damit bejahte es die Rekursfähigkeit der Ueberweisungsverfügung auf Grund zweier sich widersprechender Rekursvoraussetzungen. In der Folge wurde indessen nurmehr deren Erledigungscharakter

als massgebend bezeichnet²⁴ und der Rekurs allein gestützt auf § 334 Ziff. 7 aZPO zugelassen.

Die Ueberweisung hat zur Folge, dass die Rechtshängigkeit des Begehrens und die damit verbundenen prozess- und materiellrechtlichen Wirkungen²⁵ weiterhin bestehen bleiben. Eine andere Betrachtungsweise wäre mit dem Sinn und Zweck dieses Institutes unvereinbar²⁶. Umstritten war früher, ob die im summarischen Verfahren vor dem Einzelrichter vorgenommenen Prozesshandlungen infolge der Ueberweisung weiterhin Bestand hatten (Grundsatz der Verfahrenseinheit) oder ob der Prozessstoff erneut, diesmal in den Formen des ordentlichen Verfahrens, vorgetragen werden musste²⁷. Letzteres ist – geht man richtigerweise von der prozessleitenden Funktion der Ueberweisung aus – zu verneinen. Wohl ist dem ordentlichen Verfahren hier nicht – wie es der Regel im gewöhnlichen Prozess entspricht – ein Sühnverfahren vorausgegangen, und das Rechtsbegehren wurde nicht durch die Weisung des Friedensrichters, sondern durch die Ueberweisung des Einzelrichters fixiert. Daraus aber ableiten zu wollen, die Ueberweisung ersetze gleichsam nur das sonst obligatorisch vorgeschriebene Sühnverfahren, weshalb das ganze ordentliche Verfahren neu durchzuführen sei²⁸, erscheint als verfehlt, betrifft die der Ueberweisung zugrundeliegende Illiquidität doch nur das Beweis- und nicht das Behauptungsstadium des summarischen Verfahrens. Ueber das überwiesene Rechtsbegehren muss deshalb nicht erneut verhandelt werden, der ordentliche Richter hat lediglich das summarische Verfahren fortzusetzen²⁹. Eine Wiederholung der Hauptverhand-

24 ZR 68 Nr. 116 Erw. 1. Vgl. auch den Auszug aus dem Entscheid der I. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichts vom 21.10.1968 in Sachen B. -D. bei Frank, S. 83 Spalte 1 unten.

25 § 107 ZPO. Guldener, S. 239 ff.; Rosenberg-Schwab, S. 540 ff..

26 So auch Frank, S. 84 f. Spalte 2 unten.

27 Vgl. dazu Frank, S. 85 Spalte 1 lit. b (insbes. auch Anm. 13a daselbst).

28 So Frank, S. 85 Spalte 1 lit. b.

29 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 221 ZPO.

lung aus rein praktischen Gründen ist nicht mehr notwendig, weil nach neuem Recht gemäss § 141 Abs. 2 GVG im summarischen Verfahren immer ein Handprotokoll zu führen und dieses bei einer Ueberweisung ins ordentliche Verfahren auszufertigen ist, womit die bisherigen Parteivorbringen klar festgehalten sind. Die Parteien dürfen indessen im ordentlichen Verfahren ohne weiteres sowohl die alten als auch allenfalls neue Beweise antragen³⁰.

Ueber die beim Einzelrichter aufgelaufenen Kosten und die Entschädigungsansprüche ist bei der Ueberweisung nicht zu befinden; dies kann ohne weiteres dem ordentlichen Gericht überlassen werden. Der Einzelrichter überweist das Verfahren – wie bei einer Widerklage, welche infolge der Streitwerterhöhung die sachliche Zuständigkeit verändert – seinem Kollegialgericht, weshalb eine solche Regelung unbedenklich ist.

Das ordentliche Gericht darf seinerseits die Rechtmässigkeit der Ueberweisungsverfügung des Einzelrichters nicht mehr überprüfen, da ihm nicht die Funktion einer Rechtsmittelinstanz in dieser Frage zukommt. Stellt es alsbald eine Vereinfachung und somit die Liquidität der tatsächlichen Verhältnisse fest, ist es nach Gesetz nicht – wie der Einzelrichter bei Illiquidität – berechtigt, das Verfahren an diesen zurückzuweisen³¹. Seinen eigenen Entscheid hat es in der Form des Urteils und nicht bloss in derjenigen des Beschlusses zu fällen³². Bei dieser Erledigungsform ist das ordentliche Rechtsmittel der Berufung zulässig, im Unterschied zum Beschluss, gegen den nur der Rekurs eingelegt werden kann. Lässt man erstinstanzlich bei Illiquidität die Ueberweisung vom summarischen in das umfassendere ordentliche Verfahren zu, ist es nur folgerichtig, zweitinstanzlich die Ueberprüfung des Entscheides im gegenüber dem Rekursverfahren umfassenderen Berufungsverfahren zu ermöglichen³³.

30 Frank, S. 85 Spalte 1 lit. b.

31 Frank, S. 84 Ziff. 2 lit. a.

32 Sträuli/Messmer, N 3 zu § 221 ZPO; Frank, S. 86 Ziff. 3 lit. a.

33 Frank, S. 87 Spalte 1 oben.

§ 13 UEBERWEISUNGEN VON VORPROZESSUAL BEIM EINZELRICHTER
IM SUMMARISCHEN VERFAHREN GESTELLTEN BEGEHREN UM
DEN ERLASS VORSORGLICHER MASSNAHMEN AN DAS
HAUPTGERICHT NACH ANHAENGIGMACHUNG DES
ORDENTLICHEN PROZESSES

I. Einleitung

Das Bundeszivilrecht bestimmt entweder ausdrücklich selbst, ob es für einen Anspruch vorläufigen Rechtsschutz durch den Erlass vorsorglicher Massnahmen gewährt haben will, oder es überlässt, falls es dazu schweigt, die Regelung dieser Frage dem kantonalen Prozessrecht³⁴. Dank den umfassenden Vorschriften im zürcherischen Prozessrecht³⁵ ist der vorläufige Rechtsschutz für alle in Frage kommenden Ansprüche gewährleistet. Vor der Rechtshängigkeit des ordentlichen Prozesses ist der Einzelrichter im summarischen Befehlsverfahren zuständig, zur Abwehr eines drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, wenn die Berechtigung des Begehrens glaubhaft gemacht wird³⁶. Ist dieses vorprozessuale Massnahmenverfahren beim Einzelrichter bzw. in der Rechtsmittelinstanz noch hängig und somit unerledigt, derweil in der Zwischenzeit bereits der ordentliche Prozess beim Hauptgericht³⁷ eingeleitet wurde, so überschneidet sich die Zuständigkeit dieser Gerichte für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, da nun gemäss § 110 ZPO auch der ordentliche Richter dafür zuständig geworden

34 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 110 ZPO. Bundesrechtlich ist vorläufiger Rechtsschutz beispielsweise im immaterialgüterrechtlichen Bereich vorgesehen, vgl. dazu Art. 77 PatG, Art. 9 UWG, Art. 52/53 URG.

35 §§ 110 und 222 Ziff. 3 ZPO.

36 § 222 Ziff. 3 ZPO.

37 Im folgenden werden die Begriffe "Hauptgericht" und "ordentliches Gericht" wie auch "Hauptrichter" und "ordentlicher Richter" synonym verwendet werden, obwohl der ordentliche Prozess häufig beim Handelsgericht (Sondergericht) als Hauptgericht anhängig gemacht werden wird (in Anlehnung an die Ausdrucksweise in § 229 Satz 2 ZPO).

ist. An diesem Punkt stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit oder dem Sinn einer materiellen Weiterbehandlung des einzelrichterlichen Massnahmenverfahrens und nach einer eventuellen Ueberweisung an das Hauptgericht. Da diese Ueberweisung wie jede andere auch ihren Ausgangspunkt in der Unzuständigerklärung des mit dem vorprozessualen Massnahmenverfahren befassten Gerichts hat, sollen im folgenden die Voraussetzungen für dessen Unzuständigkeit untersucht und anhand der Gerichtspraxis etwas genauer beleuchtet werden.

II. Die Voraussetzungen der Unzuständigerklärung im einzelrichterlichen Verfahren als Basis für die Ueberweisung

A) Grundsätzliche Erläuterungen

Erste und selbstverständliche Voraussetzung für die allfällige Unzuständigerklärung des Einzelrichters oder seiner Rechtsmittelinstanz ist die Rechtshängigkeit des ordentlichen Prozesses betreffend den Anspruch, für den vorläufigen Rechtsschutz verlangt wurde³⁸. Die Einreichung der Hauptklage muss dem Gericht mangels einer anderen Verständigungsmöglichkeit von den Parteien bekanntgegeben werden. Sie vermag indessen für sich allein keineswegs die Unzuständigkeit dieses Gerichts zu bewirken, fällt doch nach allgemeiner Regel seine Zuständigkeit wegen Veränderung der Umstände, die sie begründet haben, nachträglich nicht mehr weg³⁹. Zur Abweichung von dieser Regel bedarf es einer weiteren Voraussetzung; diese ist prozessökonomischer Natur. Der einzelrichterliche Massnahmenentscheid ist nämlich seinem Wesen nach als einstweilige Verfügung der materiellen Rechtskraft nicht fähig und bietet keine Ge-

38 Es genügt nicht, dass diese Klage mit Sicherheit alsbald eingereicht werden wird.

39 Guldener, ZPR, S. 189 und 243.

währ für sachliche Richtigkeit; daher müssen solche Entscheide aufgehoben oder abgeändert werden können, sobald sich ihre Unrichtigkeit ergibt⁴⁰. Vom prozessökonomischen Standpunkt aus betrachtet fragt es sich deshalb, ob es sinnvoll ist, das unerledigte einzelrichterliche Verfahren nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses noch zu Ende zu führen, wenn der Massnahmenentscheid durch den mit der Hauptklage befassten Richter auf seine Richtigkeit hin überprüft und allenfalls aufgehoben oder abgeändert werden kann. Diese Frage stellt sich insbesondere dann, wenn das einzelrichterliche Verfahren mittlerweile bereits in der Rekurs- oder Kassationsinstanz anhängig ist. Dass im Falle einer Unzuständigerklärung allerdings allein prozessökonomische Ueberlegungen und keineswegs eine gesetzliche Norm ausschlaggebend sind (dies selbst für die Unzuständigerklärung einer Rechtsmittelinstanz), muss zu einer gewissen Vorsicht mahnen, zumal nicht übersehen werden darf, dass der Rechtsmittelkläger trotz der Möglichkeit der Ueberweisung ein schützenswertes Interesse an der materiellen Behandlung seines Rechtsmittels durch die damit bereits befasste übergeordnete Instanz haben kann⁴¹. Diese vermag den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid⁴² im Rekursverfahren (das sich durch kurze Fristen und einen einmaligen Schriftenwechsel auszeichnet) und vor allem im Kassationsverfahren unter dem eingeschränkten Blickwinkel der Nichtigkeitsgründe viel rascher auf seine Stichhaltigkeit zu überprüfen als die Hauptrichter, der das Massnahmenverfahren neu aufnehmen muss (wobei die Parteien neue Anträge stellen und weiteres Tatsachenmaterial einbringen können) und der – anders als die Kassationsinstanz – den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid nicht nur auf das Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen überprüfen kann.

40 Guldener, ZPR, S. 390.

41 Vgl. dazu S. 105 unten ff. und S. 110 Mitte f..

42 Beim immaterialgüterrechtlichen vorläufigen Rechtsschutz handelt es sich immer um einen solchen des ober- oder handelsgerichtlichen Einzelrichters, die neu eingeführt wurden (vgl. §§ 43 Abs. 2 und 61 Abs. 2 GVG); gegen deren Entscheide ist nur die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht gegeben (vgl. Sträuli/Messmer, N 21 zu § 271 und N 3 zu § 282 ZPO).

B) Die Situation nach altem Prozessrecht

Die Gerichtspraxis zu dieser Art von Ueberweisungen hat verschiedene Stadien durchlaufen⁴³. Anfänglich wurde ungeachtet aller weiteren Gegebenheiten konsequent der Grundsatz befolgt, dass die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht mehr wegfällt wegen Veränderung der Umstände, die sie begründet haben. Deshalb beurteilte die Rekursinstanz auch dann noch den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid, wenn mittlerweile der ordentliche Prozess bereits eingeleitet worden war⁴⁴. Die Frage einer Unzuständigerklärung und somit der Ueberweisung stellte sich deshalb nicht. Erst mit der Zeit drängten sich diesbezügliche prozessökonomische Erwägungen in den Vordergrund. Ausgangspunkt dazu war die Anwendung von § 105 Abs. 2 aZPO, wonach der ordentliche Richter in keiner Weise an die im summarischen Verfahren vorgängig verfügten vorsorglichen Massnahmen gebunden war⁴⁵, weshalb er ohne weiteres gegenteilige Anordnungen treffen konnte. Bei dieser Rechtslage erschien ein Massnahmenentscheid nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses im einzelrichterlichen Verfahren sinnlos; auch die Rechtsmittelinstanz trat deshalb in der Folge diesfalls auf das Rechtsmittel nicht mehr ein und überliess es dem Hauptgericht, über die vorsorglichen Massnahmen zu befinden (ohne allerdings die Akten diesem direkt zu überweisen)⁴⁶. Erst später erfolgte im Anschluss an den Nichteintretensentscheid zusätzlich die direkte Aktenüberweisung an das Hauptgericht⁴⁷.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach altem Recht gestützt auf § 105 Abs. 1 aZPO auch die gegenteilige Ansicht vertreten wurde, dem

43 Vgl. dazu auch Schalch, S. 73 f..

44 ZR 10 Nr. 202.

45 Sträuli/Hauser, Anm. 1 Abs. 3 zu § 105 aZPO; Sträuli/Messmer, N 3 zu § 229 ZPO.

46 ZR 12 Nr. 20, 25 Nr. 209, 27 Nr. 192.

47 ZR 41 Nr. 99, 55 Nr. 72, 60 Nr. 67 und 68, 69 Nr. 30, 72 Nr. 37.

ebenfalls nur in einem summarischen Verfahren entscheidenden ordentlichen Massnahmenrichter stehe hinsichtlich der vorangegangenen Verfügung des Einzelrichters nur eine beschränkte Kognitionsbefugnis zu; er sei an die getroffenen Anordnungen mindestens solange gebunden, als diese nicht auf dem Wege der in § 105 Abs. 1 aZPO genannten Revision oder durch einen ausserhalb des summarischen Verfahrens gefällten Entscheid aufgehoben worden seien. Eine solche Revision im Sinne einer Aufhebung oder Abänderung der einzelrichterlichen Massnahmen durch den ordentlichen Richter⁴⁸ wurde aber nach dieser Ansicht nur dann als zulässig erachtet, wenn sich die Umstände inzwischen derart verändert hatten, dass die Anordnungen auf den neuen Sachverhalt nicht mehr abgestimmt waren⁴⁹. Ging man von dieser Auffassung aus, so waren auf eine Ueberweisung hinauslaufende prozessökonomische Erwägungen der Rechtsmittelinstanz nicht ohne weiteres angebracht, da nun ein im einzelrichterlichen Verfahren gefällter Massnahmenentscheid auch nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses keineswegs mehr zum vornherein als sinnlos erschien, d.h. nur beschränkt, nämlich bei Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, durch den ordentlichen Richter abänderbar war.

C) Die Situation nach neuem Prozessrecht

Aus § 212 Abs. 3 ZPO geht hervor, dass die neu eingeführte materielle Rechtskraft von Entscheiden im summarischen Verfahren, wenn die Berechtigung eines Begehrens lediglich glaubhaft zu machen ist, nur in einem späteren summarischen Verfahren wirksam wird und nicht auch in einem späteren ordentlichen Verfahren (wie gemäss § 212 Abs. 1 ZPO).

48 Normalerweise wäre für eine Revision im technischen Sinne gemäss § 358 aZPO nur dasjenige Gericht zuständig gewesen, welches in letzter Instanz über die vorprozessual beantragten vorsorglichen Massnahmen entschieden hatte.

49 ZR 60 Nr. 66, SJZ 61 S. 113 Nr. 70; berechnigte Kritik zu dieser Rechtsauffassung in SJZ 66 S. 167 Nr. 79.

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (einstweilige Verfügungen), für deren Erlass die Glaubhaftmachung der Berechtigung genügt, erwachsen jedoch – wie bereits erwähnt – grundsätzlich nicht in materielle Rechtskraft, da sie jederzeit auf ihre Richtigkeit überprüft werden können müssen⁵⁰. Allerdings gilt nun neu für deren Abänderbarkeit in einem späteren summarischen Verfahren oder durch einen Massnahmenentscheid im ordentlichen Prozess die ausdrückliche Regel von § 229 ZPO, in welcher Bestimmung festgelegt wird, dass

"vorsorgliche Massnahmen aufgehoben oder geändert werden können, wenn sie sich nachträglich als ungerechtfertigt erweisen oder wenn sich die Umstände geändert haben. Ist der Prozess rechtshängig geworden, ist dafür der ordentliche Richter zuständig."

Auch der ordentliche Richter hat sich kraft ausdrücklicher Verweisung in § 110 Abs. 3 ZPO an diese Bestimmung zu halten. Deshalb darf er – sind die Umstände gleichgeblieben – den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid nur aufheben oder abändern, wenn er ihn für ungerechtfertigt hält, was eine absolut freie Kognition ausschliesst⁵¹.

Das zürcherische Kassationsgericht hält indessen auch nach neuem Recht an der bisherigen Ueberweisungspraxis fest⁵². Es argumentiert, dass

50 Guldener, ZPR, S. 390.

51 Abweichend von Guldener (siehe vorstehende Anm.) bejahen Sträuli/Messmer, ausgehend von § 212 Abs. 3 und § 229 ZPO (vgl. N 7 zu § 212 und N 1 zu § 229 ZPO), grundsätzlich die materielle Rechtskraft solcher Entscheide für ein späteres summarisches Verfahren, allerdings nur in einem minimalen Umfang, weil § 229 ZPO deren erleichterte Abänderbarkeit vorsieht. Da dem ordentlichen Massnahmenrichter deshalb keine absolut freie Kognition zusteht, fordern Sträuli/Messmer, N 4 und 7 zu § 229 ZPO, eine Ueberprüfung der bisherigen Rechtsprechung, wonach ein noch unerledigtes Einzelrichterverfahren selbst in der Rechtsmittelinstanz nach Anhängigmachung des Hauptprozesses dem ordentlichen Richter überwiesen wurde, weil dieser sich nicht an dessen Ergebnis zu halten gehabt hätte.

52 Unveröffentlichte Entscheide des zürcherischen Kassationsgerichts vom 19.1.1979 in Sachen S. AG ca. A. SA und vom 13.2.1979 in Sachen T. ca. AL Inc.; in den Begründungen wird darauf hingewiesen, dass auch die II. Zivilkammer des zürcherischen Obergerichts an der bisherigen Ueberweisungspraxis festhält. Der Kommentator

sich die einzelrichterlichen Massnahmen gemäss § 229 ZPO dann nachträglich als ungerechtfertigt erweisen würden und aufgehoben oder abgeändert werden könnten, wenn sich bei ihrer erneuten Prüfung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht neue Erkenntnisse und Beurteilungen ergäben. Dies laufe auf eine freie Ueberprüfung hinaus. § 229 ZPO sei im Zusammenhang mit § 299 ZPO (Revision von Entscheidungen im summarischen Verfahren) dahingehend auszulegen, dass der ordentliche Richter die vorsorgliche Massnahme jedenfalls immer dann aufheben oder abändern könne, wenn er zum Schluss komme, dass sie auf irrtümlichen tatsächlichen Annahmen beruhten oder dass ihre formelle oder materielle Unrichtigkeit klar sei. Andernfalls sei die Revision des einzelrichterlichen Massnahmenentscheides leichter möglich als die Abänderung gemäss § 229 ZPO, was nicht dem Sinn des Gesetzes entsprechen könne. Unter diesen Umständen bestehe kein schützenswertes Interesse an der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde, da praktisch alle Nichtigkeitsgründe im Sinne von § 281 ZPO auch als Abänderungsgründe im Sinne von § 229 ZPO beim ordentlichen Richter geltend gemacht werden könnten. Zudem könne es – das Kassationsgericht – durch die Ausfällung eines Entscheides nicht verhindern, dass anschliessend beim ordentlichen Richter ein neues Begehren gestellt werde, wobei dieser nicht an den Kassationsgerichtsentscheid gebunden sei. Deshalb sei nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses auf eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Massnahmenentscheid des summarischen Richters nicht mehr einzutreten, und es seien die Akten dem ordentlichen Richter zu überweisen.

Ob unter diesen Umständen wirklich kein schützenswertes Interesse an der Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde besteht, mag allerdings dann bezweifelt werden, wenn das Kassationsgericht selbst gemäss § 291 Satz 2 ZPO einen neuen Entscheid innert kurzer Zeit fällen kann, weil

Sträuli, N 26 zu § 110 ZPO, neigt im Unterschied zum Kommentator Messmer, N 7 zu § 229 ZPO, offenbar auch eher – wenigstens sinngemäss – dieser Ansicht zu. Vgl. nun auch den Kassationsgerichtsentscheid vom 25.5.1979 in SJZ 76 (1980) S. 48.

die Sache spruchreif und eine Rückweisung des Prozesses (z.B. zur Verbesserung von Mängeln im Verfahren) an den Einzelrichter nicht notwendig ist. Das gleiche gilt für einen bereits beim Obergericht hängigen Rekurs gegen einen Massnahmenentscheid des bezirksgerichtlichen Einzelrichters⁵³. Auch wenn der ordentliche Richter, werden bei ihm neue Begehren gestellt, durch den Entscheid der dem Einzelrichter übergeordneten Instanz nicht gebunden ist, hat er sich doch einer gewissen Zurückhaltung zu befleissigen, bevor er – bei unverändertem Sachverhalt – zum Schluss gelangt, deren Entscheid sei formell oder materiell klar unrichtig (§ 299 ZPO), bzw. erweise sich nachträglich als ungerechtfertigt (§ 229 ZPO). Immerhin hat er sich zu vergegenwärtigen, dass auch er als Massnahmenrichter nur in einem summarischen Verfahren auf blosser Glaubhaftmachung hin entscheidet und dass die Rechtsmittelinstanzen, hebt er die vorsorglichen Massnahmen auf oder ändert er sie ab (oder erlässt er solche, obwohl dem Begehren bisher nicht stattgegeben wurde), die gleichen sind (nämlich das Obergericht, bzw. das Kassationsgericht), die sich bereits mit der selben Sache befasst haben⁵⁴. Da sich der ordentliche Richter somit nicht ohne weiteres über einen im einzelrichterlichen Verfahren gefällten Rechtsmittelentscheid hinwegsetzen kann, darf dem Rekurrenten bzw. Nichtigkeitskläger nicht zum vornherein ein schützenswertes Interesse an der materiellen Behandlung seines Rechtsmittels abgesprochen werden, sobald der ordentliche Prozess anhängig gemacht worden ist und deshalb auch der ordentliche Richter grundsätzlich die Rechtsmittel- als Abänderungsanträge behandeln könnte. Der Rechtsmittelkläger hat als beschwerte Partei Anspruch darauf, dass über seine Anträge möglichst rasch entschieden wird, welchen Anspruch der ordentliche Richter entschieden weniger gut als die

53 Die Rekursinstanz hat ohnehin gemäss § 280 Abs. 1 ZPO im Rahmen der Rekursanträge selbst einen neuen Entscheid zu fällen. Eine Rückweisung des Prozesses an die erste Instanz darf nur ausnahmsweise aus zureichenden Gründen (§ 280 Abs. 2 ZPO) und nicht nach freiem Ermessen erfolgen, da die rasche Erledigung des Verfahrens oberstes Ziel sein muss (vgl. Sträuli/Messmer, N 2 zu § 280 ZPO).

54 SJZ 61 (1965) S. 113 f. (Nr. 70).

Rechtsmittelinstanz zu erfüllen vermag, da bei ihm die Anträge erneut gestellt werden müssen und er sich zuerst mit der Sache (allenfalls infolge neuer Anträge in erweiterter Form) zu befassen hat⁵⁵. Durch einen raschen Entscheid der Rechtsmittelinstanz wird dem Grundsatz der möglichen Beschleunigung des summarischen Verfahrens am besten Genüge getan, zumal auch der erstinstanzliche Massnahmenentscheid des ordentlichen Richters wieder angefochten werden kann, was letztlich auf eine wenig prozessökonomische Erledigung des summarischen Verfahrens hinausläuft⁵⁶. Müsste die Kassationsinstanz allerdings den Prozess zur Verbesserung von Mängeln und zur Neubeurteilung an den Einzelrichter zurückweisen, ist es hinwiederum prozessökonomischer, wenn sie auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht eintritt und die Rechtsmittel- als Änderungsanträge gemäss § 229 ZPO dem ordentlichen Richter zur Behandlung überweist⁵⁷. Das bei diesem durchgeführte Massnahmenverfahren ersetzt im übrigen ein förmliches Revisionsverfahren gemäss § 299 ZPO, da er die rechtskräftigen einzelrichterlichen Massnahmen aufheben oder abändern kann, wenn sich nachträglich ihre ursprüngliche Unrichtigkeit ergibt⁵⁸.

55 Vgl. dazu einen bernischen Entscheid in ZbJV 90 (1954) S. 182.

56 So auch Sträuli/Messmer, N 7 zu § 229 ZPO.

57 Andernfalls müsste das einzelrichterliche Verfahren längere Zeit parallel zum ordentlichen Prozess durchgeführt werden, was zu Unzukömmlichkeiten führen würde.

58 Sträuli/Messmer, N 2 zu § 229 ZPO. Sie weisen zudem darauf hin, dass dem ordentlichen Massnahmenrichter gemäss § 229 ZPO allenfalls auch ein Handeln von Amtes wegen erlaubt ist, anders als beim Revisionsverfahren gemäss § 299 ZPO.

D) Der Einfluss bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auf die Unzuständigkeitserklärung im einzelrichterlichen Massnahmenverfahren nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses

Da das Bundesprivatrecht im Rahmen des von ihm ausdrücklich selbst geregelten vorläufigen Rechtsschutzes Zuständigkeitsvorschriften enthält, welche den kantonalen Prozessrechtsnormen vorgehen, fragt es sich, ob auf Grund solcher Vorschriften nach Anhängigmachung des Hauptprozesses die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zwingend vom Einzelrichter im summarischen Verfahren auf den Richter im ordentlichen Verfahren auch dann übergehe, wenn das einzelrichterliche Massnahmenverfahren noch nicht erledigt ist.

1. Bundesrechtliche Zuständigkeitsvorschriften zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes

Hier sind die beiden gleichlautenden Bestimmungen in Art. 11 Abs. 3 UWG und Art. 78 Abs. 1 2. Halbsatz PatG anzuführen. Letztere lautet wie folgt:

"Ist der Hauptprozess anhängig, so ist ausschliesslich dessen Richter zuständig, vorsorgliche Massnahmen zu verfügen oder aufzuheben."

Der Wortlaut von Art. 78 Abs. 1 2. Halbsatz PatG scheint die Ueberweisung des vorprozessual beim Einzelrichter im summarischen Verfahren eingeleiteten und zum Zeitpunkt der Einreichung der Hauptklage noch unerledigten Massnahmenverfahrens an den ordentlichen Richter geradezu zu fordern. Das Kassationsgericht hält denn auch dafür, dass nicht nur die Vorschriften des neuen kantonalen Prozessrechtes, sondern auch diejenigen, die sich im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes im Bundesprivatrecht finden, die Behandlung einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid nach Anhängigmachung des Haupt-

prozesses ausschliessen⁵⁹. Auch von Büren⁶⁰ befürwortet auf Grund von Art. 11 Abs. 3 UWG die Ueberweisung aller bei Einleitung des Hauptprozesses noch unerledigt gebliebenen Begehren an den ordentlichen Richter, worunter er auch solche zählt, die bereits in einem Rechtsmittelverfahren behandelt werden⁶¹. Indessen fragt es sich, ob der Wortlaut von Art. 11 Abs. 3 UWG, bzw. Art. 78 Abs. 1 2. Halbsatz PatG in diesem Sinne eindeutig ist und nicht auch eine andere Auslegung zulässt. Denkbar wäre nämlich, dass der Bundesgesetzgeber mit diesen Vorschriften lediglich sicherstellen wollte, dass nach Anhängigmachung des Hauptprozesses nicht mehr ein neues Verfahren zur Anordnung oder Aufhebung von vorsorglichen Massnahmen bei einem andern als dem Hauptrichter eingeleitet werden kann. Ein bereits vorprozessual beim Einzelrichter eingeleitetes und noch unerledigtes Massnahmenbegehren dürfte demzufolge auch nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses fertig behandelt werden. Insbesondere dürfte eine Nichtigkeitsbeschwerde als ausserordentliches Rechtsmittel durch die Kassationsinstanz noch erledigt werden, da damit nicht gegen die bundesrechtliche Vorschrift verstossen wird, dass Streitigkeiten über gewerblichen Rechtsschutz von einer einzigen kantonalen Instanz beurteilt werden müssen. Für eine solche Auslegung der beiden obgenannten Bestimmungen spricht zudem der Umstand, dass der Bundesgesetzgeber gemäss Art. 64 BV zu einem Eingriff in das kantonale Verfahrensrecht nur insoweit befugt ist, als dies zur Verwirklichung der Privatrechtsordnung ernsthaft geboten erscheint⁶². Ein solcher weitreichender Eingriff in die durch das kantonale Prozessrecht geregelte sachliche, bzw. funktionelle Zuständigkeitsordnung ist zur Verwirklichung des hier in Frage stehenden Bundesprivatrechtes unter den vorliegenden Umständen aber nicht erforderlich.

59 Vgl. die vorne S. 104/5 Anm. 52 zitierten Entscheide.

60 Von Büren, Kommentar zum Wettbewerbsgesetz, S. 208 N 18.

61 Im Kommentar Blum/Pedrazzini und bei Troller, Immaterialgüterrecht, wird die Frage nicht behandelt.

62 Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, S. 23.

Das Bundesgericht hat zur Auslegung von Art. 78 Abs. 1 2. Halbsatz PatG durch das zürcherische Kassationsgericht in einem staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren⁶³ erklärt, dass diese wohl nicht geradezu als willkürlich bezeichnet werden könne, da sie den Wortlaut des Gesetzes für sich habe und praktische Unzukömmlichkeiten vermeide. Indessen liess es durchblicken, dass auch eine andere Auslegung dieser Bestimmung (also im Sinne des Eintretens auf die Nichtigkeitsbeschwerde und damit des Ausschlusses der Ueberweisung) durchaus vertretbar und dass der Entscheid bei freier Kognitionsbefugnis schwierig gewesen wäre. Im übrigen führte es noch aus, dass die Anfechtung des einzelrichterlichen Kostenspruchs beim Kassationsgericht vorbehalten bleiben müsse, da ein solcher Entscheid nicht gestützt auf Bundesrecht an den ordentlichen Richter delegiert werden könne. Zur Auslegung der zürcherischen Prozessrechtsbestimmungen durch das Kassationsgericht musste es nicht Stellung nehmen.

Als Quintessenz aller bisherigen Erwägungen ergibt sich, dass es – entgegen der Auffassung des Kassationsgerichts – sowohl nach den beiden erwähnten bundesrechtlichen Bestimmungen als auch nach kantonalem Prozessrecht (§ 229 Satz 2 ZPO) im Rahmen des gewerblichen vorläufigen Rechtsschutzes wohl eher gerechtfertigt wäre, auf eine gegen den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde auch nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses einzutreten. Im Grunde genommen besagen diese bundesrechtlichen Vorschriften (insoweit sie sich auf die Aufhebung oder Abänderung bereits rechtskräftiger vorsorglicher Massnahmen beziehen) nichts anderes als § 229 Satz 2 ZPO: Dafür ist nach Anhängigmachung des Hauptprozesses allein der ordentliche Richter zuständig. Ist zu diesem Zeitpunkt indessen das einzelrichterliche Verfahren noch unerledigt, wollen diese Vorschriften keine Ausnahme von der allgemeinen Regel statuieren, nach der die sachliche Zuständigkeit des Einzelrichters wegen nachträglich eintretenden Umständen (hier

63 Unveröffentlichter Entscheid der I. Oeffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 11.4.1979 in Sachen T. ca. AL, Inc..

der Anhängigmachung des Hauptprozesses) nicht mehr entfällt⁶⁴. Demzufolge bleibt grundsätzlich auch noch Platz für einen Rechtsmittelentscheid im summarischen Verfahren. Dass dem Nichtigkeitskläger ein Rechtsschutzinteresse an der Behandlung seiner Beschwerde fehle, da er alle Nichtigkeits- auch als Abänderungsgründe beim ordentlichen Richter geltend machen könne, trifft in dieser allgemeinen Form nicht zu, führt doch die Beschwerde unter Umständen viel rascher zu einem Entscheid als das Abänderungsbegehren beim ordentlichen Massnahmenrichter. Zudem kann sich dieser – wie bereits dargelegt wurde – gemäss § 229 Satz 1 ZPO nicht ohne weiteres über den Rechtsmittelentscheid hinwegsetzen. Allerdings fehlt es dann an einem ausreichenden Interesse an der Behandlung der Beschwerde, wenn der Prozess zur Behebung von Mängeln an den Einzelrichter zurückgewiesen werden müsste. Diesfalls ist die länger dauernde Fortsetzung des einzelrichterlichen Verfahrens neben dem Hauptprozess aus Gründen der Prozessökonomie abzulehnen, was zum Nichteintreten auf die Nichtigkeitsbeschwerde und zur Ueberweisung der Akten an den ordentlichen Richter führt.

2. Der Sonderfall der Kollision eheschutzrichterlicher Zuständigkeit zum Erlass von Massnahmen gemäss Art. 169ff. ZGB mit der Zuständigkeit des ordentlichen Richters zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 145 ZGB nach Einreichung der Scheidungs- oder Trennungsklage

Wird beim Einzelrichter ein eheschutzrichterliches Verfahren zur Anordnung von Massnahmen im Sinne von Art. 169 ff. ZGB eingeleitet, so dürfen diese grundsätzlich keineswegs als vorsorgliche Massnahmen im Hinblick auf einen künftigen Scheidungs- oder Trennungsprozess betrachtet werden; sie dienen ganz im Gegenteil der Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft. Wird nun aber während der Dauer eines Eheschutzverfahrens von einer der Parteien der Scheidungsprozess anhängig ge-

64 Sträuli/Messmer, N 5 zu § 229 ZPO.

macht, und hat der Eheschutzrichter nur über Begehren zu entscheiden, die nicht in die Zeit vor der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zurückwirken, so müssen diese Begehren als Anträge auf Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB umgedeutet werden. Zu deren Behandlung ist allein der Scheidungsrichter zuständig, weshalb sich der Eheschutzrichter in solchen Fällen für unzuständig zu erklären und die Begehren zu überweisen hat. Der nachträgliche Wegfall seiner Zuständigkeit ergibt sich allein aus der Anwendung von Bundesrecht⁶⁵ (Art. 145 ZGB) und beruht nicht etwa auf prozessökonomischen Zweckmässigkeitsüberlegungen. Mit der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage ändert sich der Charakter der zu treffenden Massnahmen; diese dienen nun nicht mehr der Aufrechterhaltung der Ehe, sondern sie bezwecken die vorläufige Ordnung der durch die Klage neu zu gestaltenden Verhältnisse. Eine Fortsetzung des eheschutzrichterlichen Verfahrens verbietet sich deshalb, dürfen und können doch von diesem Zeitpunkt an keine Massnahmen nach Art. 169 ff. ZGB mehr angeordnet werden⁶⁶. Das trifft namentlich zu, wenn der gemeinsame Haushalt noch nicht aufgehoben ist und die Unterhaltsbeiträge des Mannes an die Frau für die Dauer des Getrenntlebens streitig sind oder diejenigen für die Kinder, falls sie unter die Obhut der Mutter gestellt werden sollten⁶⁷.

Nach der Praxis des zürcherischen Obergerichts ist auch auf ein Rekursverfahren nicht mehr einzutreten, und es sind die gestellten Eheschutzbegehren dem Scheidungsrichter zur Behandlung im Massnahmenverfahren gemäss Art. 145 ZGB zu überweisen, wenn die Scheidungsklage erst nach dem Entscheid des Eheschutzrichters anhängig gemacht wurde⁶⁸.

Solche Ueberweisungen dürften zukünftig nurmehr eine geringe Rolle spielen, weil die achtwöchige Wartefrist nach dem Sühnvorstand bis zur Aus-

65 Sträuli/Messmer, N 7 (am Ende) zu § 229 ZPO.

66 BGE 95 II 74 f., 86 II 307.

67 Frank, S. 83.

68 Sträuli/Messmer, N 17 zu § 215 Ziff. 7 ZPO; ZR 68 Nr. 125, 72 Nr. 37.

stellung der Weisung gemäss altem Recht⁶⁹ gestrichen wurde und deshalb eine besondere Getrenntlebensordnung bis zur Anhängigmachung des Scheidungsprozesses meistens überflüssig ist.

Wirken die verlangten Eheschutzmassnahmen auf die der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage vorangehende Zeit zurück, so bleibt die Zuständigkeit des Einzelrichters bzw. der Rekursinstanz zu deren Erlass auch nach Einreichung der Scheidungsklage erhalten. Die Massnahmen gemäss Art. 169 ff. ZGB gelten dann ebenfalls für die Dauer des Scheidungsprozesses, allerdings vorbehältlich ihrer Abänderung durch den ordentlichen Massnahmenrichter⁷⁰. Bei dieser Rechtslage ist eine Ueberweisung der Begehren ausgeschlossen; der ordentliche Richter darf nicht vorsorgliche Massnahmen nach Art. 145 ZGB mit Wirkung bereits für die der Scheidungsklage vorangehende Zeit anordnen. Hinsichtlich seiner Abänderungsbefugnisse ist er, da auch er nur in einem summarischen Verfahren entscheidet, dem Eheschutzrichter gleichgestellt; er darf deshalb die von jenem rechtskräftig erlassenen Eheschutzmassnahmen nur dann abändern, wenn auch jener seinen eigenen Entscheid gemäss Art. 172 ZGB infolge geänderter Verhältnisse hätte abändern dürfen oder wenn die Revision des Entscheides gemäss kantonalem Prozessrecht (§ 299 ZPO) wegen ursprünglicher formeller oder materieller Unrichtigkeit möglich wäre. Im Resultat bestehen demzufolge die gleichen Abänderungsmöglichkeiten wie nach § 229 ZPO; diese kantonale Bestimmung ist jedoch im Rahmen der bundesrechtlich geordneten Massnahmenverfahren gemäss Art. 169 ff. und 145 ZGB nicht anwendbar⁷¹.

69 § 254 Abs. 1 aZPO.

70 BGE 101 II 2; ZR 73 Nr. 91 S. 240, 72 Nr. 37, 68 Nr. 125 und 104.

71 Sträuli/Messmer, N 20 zu § 215 Ziff. 7 ZPO.

III. Die Wirkungen solcher Ueberweisungen

Sie bewirken nicht wie bei einer echten Prozessüberweisung gemäss § 112 ZPO die Fortsetzung des einzelrichterlichen Massnahmenverfahrens beim ordentlichen Richter, denn jener hat dieses Verfahren nicht in dem Stadium, in dem es sich gerade befindet, lediglich weiter zu führen. Er muss es im Gegenteil auf Grund der aktuellen Lage selbst neu durchführen und hat die ihm geeignet erscheinenden vorsorglichen Massnahmen zu treffen (§ 110 Abs. 1 ZPO). Die Parteien dürfen die Begehren neu fassen und somit ergänzende oder andere Anträge stellen⁷²; andernfalls gelten die bereits gestellten Anträge weiter. Mit andern Worten leiten solche Ueberweisungen ein selbstständiges neues Massnahmenverfahren beim ordentlichen Richter ein. Das vorprozessual beim Einzelrichter begonnene summarische Verfahren wird durch den Nichteintretensentscheid derjenigen Instanz, die damit zum Zeitpunkt der Anhängigmachung des Hauptprozesses befasst ist, erledigt und die Begehren bleiben nicht rechtshängig (anders gemäss § 112 Abs. 3 ZPO). Dieser Ueberweisung kommt keine prozessleitende Funktion zu; es handelt sich hier nicht um ein einheitliches Verfahren vor dem summarischen Einzel- und dem ordentlichen Massnahmenrichter, sondern um zwei verschiedene Verfahren. Vom Einzelrichter angeordnete, bei der Rechtsmittelinstanz angefochtene Massnahmen werden trotz der Ueberweisung spätestens mit deren Nichteintretensentscheid formell rechtskräftig und damit vollstreckbar, wenn sie dies nicht schon waren, weil dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen oder nicht erteilt wurde⁷³. Dank der Ueberweisung ist der ordentliche Richter aber nicht mehr genötigt, alle einzelrichterlichen Akten selbst einfordern zu müssen.

Der ordentliche Richter kann das Massnahmenverfahren auf Antrag einer Partei auch vor dem bevorstehenden Nichteintretensentscheid der mit dem

⁷² SJZ 67 S. 321 Nr. 137.

⁷³ Vgl. beim Rekurs § 275 Satz 2 ZPO, bei der Nichtigkeitsbeschwerde § 286 Abs. 1 ZPO.

einzelrichterlichen Verfahren befassten Instanz einleiten, ist er doch mit der Anhängigmachung des Hauptprozesses gemäss § 110 ZPO für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen zuständig. Denkbar wäre etwa der Fall, dass sich das nach einem ober- oder handelsgerichtlichen Einzelrichterentscheid angerufene Kassationsgericht entschliesst, nicht (mehr) auf die Nichtigkeitsbeschwerde einzutreten, weil der Nichtigkeitskläger kein schutzwürdiges Interesse mehr für die Weiterbehandlung der Beschwerde hat, wenn anstelle der Rückweisung des Prozesses an den Einzelrichter die Durchführung des Massnahmenverfahrens durch den ordentlichen Richter aus prozessökonomischen Gründen geboten erscheint. Damit fällt auch die der Nichtigkeitsbeschwerde allenfalls erteilte aufschiebende Wirkung dahin⁷⁴. Die Beschwerde als solche kann nicht dem ordentlichen Richter zur Behandlung überwiesen werden, da er dazu funktionell unzuständig ist und nicht nur unter dem beschränkten Blickwinkel der Nichtigkeitsgründe über den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid zu befinden hat⁷⁵. Dass letzterer nun rechtskräftig und vollstreckbar wird, erweist sich indessen gerade dann als stossend, wenn dies mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Falle einer als aussichtsreich beurteilten Nichtigkeitsbeschwerde verhindert werden sollte. Diese Unstimmigkeit kann nur dadurch behoben werden, dass das Massnahmenverfahren beim ordentlichen Richter bereits vor dem Nichteintretensentscheid des Kassationsgerichts eingeleitet wird, so dass zum Zeitpunkt seines Erlasses der ordentliche Richter bereits einen neuen Entscheid fällen kann, der entweder mit demjenigen des Einzelrichters übereinstimmt oder diesen aufhebt oder abändert⁷⁶. In Fällen besonde-

74 § 286 Abs. 1 ZPO. Eine Erstreckung der aufschiebenden Wirkung über den Zeitpunkt des Nichteintretensentscheides hinaus ist gesetzlich nicht vorgesehen.

75 SJZ 66 (1970) S. 168 Spalte 2 oben.

76 Der Nachteil dieser Lösung besteht allerdings darin, dass der ordentliche Richter über den einzelrichterlichen Massnahmenentscheid zu einem Zeitpunkt befinden muss, wo letzterer wegen der einer Nichtigkeitsbeschwerde allenfalls erteilten aufschiebenden Wirkung noch gar nicht formell rechtskräftig ist. Die Anwendung von § 229 ZPO durch den ordentlichen Richter setzt indessen diese Rechtskraft voraus (Sträuli/Messmer, N 5 zu § 229 ZPO). Deshalb sollte sich

rer Dringlichkeit kann der Präsident des ordentlichen Gerichtes auf Antrag sofort eine vorläufige Anordnung gemäss § 110 Abs. 2 ZPO treffen⁷⁷, damit die einzelrichterlichen Massnahmen zu keinem Zeitpunkt wirksam werden.

Hinsichtlich des Entscheids über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rechtsmittelverfahren geht die Praxis davon aus, dass dieser dem Richter im ordentlichen Prozess zu überlassen sei⁷⁸. Es liesse sich aber auch der Standpunkt vertreten, dass die Rechtsmittelinstanz darüber selbst nach denjenigen Grundsätzen entscheiden solle, die bei Gegenstandslosigkeit eines Verfahrens gelten, da ja kein schutzwürdiges Interesse mehr für die Weiterbehandlung des Rechtsmittels im summarischen Verfahren besteht. Diesfalls entscheidet die Rechtsmittelinstanz nach ihrem Ermessen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen (§ 65 Abs. 1 in Verbindung mit § 68 Abs. 1 ZPO). Da im Grunde genommen keine Partei direkt für die Verursachung der Gegenstandslosigkeit verantwortlich ist (die Anhängigmachung des Hauptprozesses ist zur Rechtswahrung des Klägers notwendig!), muss für den Prozesskostenentscheid vom Kriterium des vermutlichen Obsiegens im Rechtsmittelverfahren ausgegangen werden⁷⁹. Diese Regelung hat zudem den Vorteil, dass be-

das Kassationsgericht in einem solchen Fall mit dem Hauptgericht über den genauen Zeitpunkt des Hinfalls der aufschiebenden Wirkung verständigen.

77 § 123 GVG.

78 Vgl. ZR 55 Nr. 72 und die nichtveröffentlichten Entscheide des Kassationsgerichts vom 19.1.1979 in Sachen S. AG ca. A. SA und vom 13.2.1979 in Sachen T. AG ca. AL. Inc. (Kostendispositiv: "Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Kassationsverfahren wird der I. Zivilkammer des Obergerichts (bzw. dem Handelsgericht) vorbehalten.").

79 Vgl. dazu Walder, PE, S. 107 f.. Bezüglich der Ersatzpflicht eines allfälligen, durch ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen verursachten Schadens, worunter auch die gesamten Prozesskosten in diesem Verfahren gehören würden, vgl. § 230 ZPO (für die vorsorglichen Massnahmen des kantonalen Prozessrechts), bzw. Art. 12 Abs. 2 UWG, Art. 80 Abs. 1 PatG, Art. 10, 16 KG (für die entsprechenden bundesrechtlich geregelten vorsorglichen Massnahmen).

sonders bei einem etwas aufwendigeren Rechtsmittelverfahren die Prozesskosten sofort und in richtiger Höhe verlegt werden können, womit der Gefahr vorgebeugt wird, dass diese durch den ordentlichen Richter später nicht angemessen berücksichtigt werden.

§ 14 ANHANG:

DIE WEITERLEITUNG VON IRRTUEMLICH EINER UNRICHTIGEN ZUERCHERISCHEN BEHOERDE ZUGESTELLTEN EINGABEN AN DIE ZUSTAENDIGE STELLE (§ 194 GVG)

I. Alte und neue gesetzliche Regelung, ihre gesetzgeberischen Motive und Abgrenzungsfragen

§ 214 aGVG lautete: "Eingaben, die aus Versehen an eine unrichtige Amtsstelle gerichtet sind, gelten als schon in demjenigen Zeitpunkt bei der richtigen Behörde eingegangen, in dem sie der andern Stelle eingehändigt oder für dieselbe der Post übergeben wurden. Die Weiterbeförderung an die zuständige Stelle hat von Amtes wegen zu erfolgen."

Demgegenüber lautet nun § 194 nGVG wie folgt: "Eingaben und Zahlungen, die zwar innerhalb der Frist erfolgen, aus Irrtum aber an eine unrichtige zürcherische Gerichts- oder Verwaltungsstelle gerichtet sind, gelten als rechtzeitig eingegangen. Die Weiterleitung an die zuständige Stelle erfolgt von Amtes wegen."

Neu wurde in § 194 GVG der Begriff der Amtsstelle (Gerichts- oder Verwaltungsstelle) genauer umschrieben, womit klargestellt ist, dass auch die Bezirksanwaltschaften und die Staatsanwaltschaft (§§ 72-94 GVG) als Verwaltungsbehörden unter diese Norm fallen. Anstelle des Begriffs des Versehens setzte man denjenigen des Irrtums; damit wollte man die Gefahr einer allzu engen Auslegung des ersteren Begriffs im Sinne von blossen Verschreibungen oder ähnlich formalen Irrtümern bei der Be-

zeichnung einer Amtsstelle ausschalten. Unter einem Irrtum ist – ähnlich wie bei einer freieren Auslegung des Begriffs des Versehens – irgendein zufälliges Versagen der Aufmerksamkeit zu verstehen, das auf einen jener jedem aus eigener Erfahrung bekannten Zufälle zurückzuführen ist, die man kaum analysieren kann, und die hinterher vielfach nicht begreifbar sind⁸⁰.

Gesetzgeberisches Motiv für eine solche Regelung war die Ueberzeugung, dass die Durchsetzung des materiellen Rechts nicht unnötig durch prozessuale Formen erschwert werden sollte⁸¹. Im Bereich des zürcherischen Jurisdiktionsgebietes haben sich die im GVG organisierten Behörden bei der Empfangnahme aller prozessrelevanten Eingaben⁸² gegenseitig zu vertreten. Solche Vorschriften stehen den echten Ueberweisungsvorschriften insofern nahe, als ihnen genau gleich wie jenen prozessökonomisch bedingte Zweckmässigkeitsüberlegungen zugrunde liegen. Sie sind jedoch nicht als echte Ueberweisungsvorschriften zu qualifizieren, weil der Absender im Grunde genommen die unrichtige Stelle gar nicht anrufen will⁸³. Die Weiterleitung von Eingaben gemäss § 194 GVG hat im übrigen auch nichts mit dem zivilprozessualen Institut der Rechtshängigkeit zu tun (wie die echten Prozessüberweisungen); diese Bestimmung befasst sich nur mit der Weiterbeförderung der irrtümlich zugestellten Eingabe an die richtige Stelle. Die Eingabe gilt als dort rechtzeitig eingegangen, wenn sie innert Frist bei der falschen Behörde eintraf. Solche Weiterleitungen haben folglich nur wenig mit den eigentlichen Prozessüberweisungen gemeinsam und sind von diesen eindeutig ab-

80 SJZ 42 (1946) S. 140, ZR 44 Nr. 144 S. 299.

81 Hauser/Hauser, Anm. 1 zu § 214 aGVG.

82 Bei der Beratung von § 214 aGVG wurden namentlich allerdings nur die Rechtsmitteleingaben erwähnt; vgl. dazu aber ZR 61 Nr. 173 S. 371 und Hauser/Hauser, Anm. 3 zu § 214 aGVG.

83 Vgl. Schalch, S. 72 Anm. 5. Anders bei den echten Ueberweisungen, bei denen der Kläger das unzuständige Gericht willentlich angerufen hat, sich aber hinsichtlich der Zuständigkeit irrte.

zugrenzen. Sie werden deshalb lediglich als Anhang in diesem 4. Teil über die speziellen Ueberweisungsarten behandelt.

II. Voraussetzungen der Weiterleitung

Wie bereits erwähnt, muss ein Irrtum des Absenders bei der Zustellung der Eingabe vorliegen. Dabei kann es sich um eine Verwechslung bei der Bezeichnung der Amtsstelle, eine falsche Adressierung, unter Umständen auch um eine unrichtige Benennung eines Rechtsmittels oder allgemein um eine irgendwie geartete Unaufmerksamkeit handeln. Unter Eingaben sind Klagen, Rechtsmittel oder sonstige Prozessschriften zu verstehen. Vermutet ein Gericht, eine solche Eingabe sei ihm aus Irrtum zugestellt worden, so hat es den Sachverhalt sofort mit dem Absender abzuklären. Liegt offensichtlich ein Irrtum vor, steht nichts entgegen, dass der Gerichtspräsident selbst unverzüglich die Weiterleitung der Eingabe, ohne sie als zu behandelndes Geschäft einzutragen, an die richtige und vom Absender in Wirklichkeit gemeinte Stelle verfügt (analog § 122 Abs. 3 GVG)⁸⁴. Andernfalls hat das Plenum zu entscheiden. Eine solche Weiterleitung stellt eine Massnahme gegenüber einer bestimmten Partei dar; sie darf nicht als Akt im Rahmen der gerichtsinternen Organisation betrachtet werden, wie dies bei der Verteilung der Geschäfte auf die verschiedenen Spruchabteilungen oder Kammern eines Gerichts der Fall ist⁸⁵. Verneint das Gericht das Vorliegen eines Irrtums bei der Zustellung und

84 ZR 48 Nr. 74 S. 129 f.; Hauser/Hauser, Anm. 4 Abs. 3 zu § 214 aGVG.

85 Das sind Akte der Justizverwaltung, durch die keine Partei unmittelbar berührt wird. Die vom Gericht aufgestellten Verteilungsregeln sind keine Zuständigkeitsvorschriften. Vernünftigerweise hat sich auch die Praxis eingebürgert, eine solche "Verteilung" in jenen Fällen vorzunehmen und nicht etwa § 194 GVG anzuwenden, wo eine fälschlicherweise an das "Bezirksgericht" adressierte Klage ohne weiteres dem Einzelrichter übergeben werden kann, wenn die Weisung richtig an diesen ausgestellt wurde (vgl. Walder, PE, S. 55 Anm. 144).

lehnt es deshalb die Weiterleitung der Eingabe von Amtes wegen gemäss § 194 Abs. 2 GVG an die zuständige Stelle ab, so bejaht es damit zugleich seine Unzuständigkeit, weil sich der Kläger diesfalls hinsichtlich der Existenz einer zuständigkeitsbegründenden Tatsache oder über die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Rechtsmittels geirrt hat. Es liegt ein Akt der Prozesserledigung vor, der mit Rekurs bzw. Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden kann.

Handelt es sich bei der Eingabe um eine Klage, die der Kläger beim falschen Gericht eingereicht hat, weil er sich beispielsweise über den Wohnsitz des Beklagten unzutreffende Vorstellungen machte, so ist sie, auch wenn er seinen Irrtum sofort bemerkt, gleichwohl seinem Willen entsprechend bei diesem Gericht angehoben werden; es hat sich deshalb für unzuständig zu erklären, ein Handeln des Präsidenten allein ist hierbei ausgeschlossen. Es kommt nurmehr die Prozessüberweisung nach § 112 ZPO in Betracht. Dabei spielt die Frage des Irrtums keine Rolle⁸⁶.

Wird gegen einen Entscheid ein falsches Rechtsmittel (Berufung anstatt Rekurs, Rekurs anstatt Nichtigkeitsbeschwerde etc.) bei der richtigen Instanz eingereicht, so darf es diese nicht ohne weiteres in das korrekte Rechtsmittel umdeuten und als irrtümlich ihr zugestellt gemäss § 194 Abs. 2 GVG von Amtes wegen der zuständigen Instanz übermitteln. Jedes Rechtsmittel weist andere Voraussetzungen auf, und es ist nicht zum vornherein sicher, ob die weiterziehende Partei auch das korrekte Rechtsmittel (beispielsweise wegen des erhöhten Kostenrisikos) ergriffen hätte⁸⁷. Auf ein solches Rechtsmittel ist grundsätzlich nicht einzutreten,

⁸⁶ Sträuli/Messmer, N 4 zu § 112 ZPO.

⁸⁷ ZR 78 Nr. 8 Erw. 3, 71 Nr. 44. Problematisch ist es vor allem, einer Partei von Amtes wegen zu unterstellen, sie hätte anstelle eines ordentlichen auch das tatsächlich allein zulässige ausserordentliche (und somit unvollkommene) Rechtsmittel ergriffen.

weil es unzulässig ist⁸⁸. Das richtige Rechtsmittel, das irrtümlich einer falschen Behörde zugestellt wurde (z.B. eine Nichtigkeitsbeschwerde dem Kassationsgericht anstatt dem Obergericht), darf aber ohne weiteres gemäss § 194 GVG weitergeleitet werden⁸⁹.

Der Grad des Verschuldens, der zum Irrtum führte, ist rechtlich bedeutungslos⁹⁰. Die dem § 194 GVG ähnliche Vorschrift von Art. 182 ZPO/St. Gallen fordert demgegenüber die Entschuldigbarkeit des Irrtums, welche erst durch den zuständigen Richter zu überprüfen ist. Dessen Entscheid kann nur mit der Rechtsverweigerungsbeschwerde angefochten werden⁹¹.

Keine Voraussetzung für die Weiterleitung von irrtümlich zugestellten Eingaben an die richtige Stelle gemäss § 194 Abs. 2 GVG ist die Ein-

88 Beruht die Einreichung des falschen Rechtsmittels allerdings auf einer sachlich unrichtigen Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz (Rekurs anstatt Nichtigkeitsbeschwerde), auf die sich der Rechtsuchende nach Treu und Glauben verlassen durfte, so wird nun in einem Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 16. Mai 1979 (ZR 78 Nr. 48) erklärt, § 194 Abs. 1 GVG sei anwendbar, es liege ein Irrtum im Sinne dieser Bestimmung vor. Allerdings dürfe der Rekurs nicht als Nichtigkeitsbeschwerde von Amtes wegen gemäss § 194 Abs. 2 GVG an die richtige Instanz weitergeleitet werden, dies sei nur auf Antrag des Rechtsmittelklägers in Analogie zu § 112 Abs. 1 ZPO zulässig (Erw. 5). Damit wird der Auffassung von Sträuli/Messmer (N 18 vor § 259 ZPO mit Verweisungen) entgegengetreten, die § 194 Abs. 2 GVG generell für anwendbar halten, wenn die formellen Erfordernisse des zulässigen Rechtsmittels erfüllt sind. Dem obergerichtlichen Entscheid ist beizutreten, da auf diese Weise in solchen Fällen die Umdeutung des unzulässigen in das zulässige Rechtsmittel nur mit Zustimmung des Klägers erfolgen kann, auch wenn damit per Analogieschluss der Anwendungsbereich von § 112 Abs. 1 ZPO recht weit ausgedehnt wird. Dies liegt letztlich im Interesse einer ökonomischen Verfahrensgestaltung, muss doch der Kläger auf diese Weise nicht mehr die Restitution der Frist gemäss § 199 GVG für die Einreichung des zulässigen Rechtsmittels bei der richtigen Instanz verlangen (vgl. dazu Hauser/Hauser, Anm. 3 IV Ziff. 2 zu § 207 aGVG und Anm. 4 I Abs. 3 zu § 221 aGVG).

89 ZR 44 Nr. 144.

90 SJZ 42 (1946) S. 141.

91 Lutz, Komm. zur ZPO/St. Gallen, Anm. 4 zu Art. 182.

haltung der Frist, welche gesetzlich oder richterlich für deren Einreichung festgelegt wurde. Diese Ueberprüfung darf nicht durch die unrichtige Behörde, die gar nicht angerufen werden wollte, vorgenommen werden. Dafür ist allein die richtige Gerichts- oder Verwaltungsstelle zuständig. Sie hat von jener lediglich zu erfahren, wann genau die Eingabe bei ihr eingegangen, bzw. für sie der schweizerischen Post übergeben wurde, um die Rechtzeitigkeit des Eintreffens beurteilen zu können⁹².

Diese Präzisierungen hinsichtlich der Fristüberprüfung durch die zuständige Stelle sind wegen der etwas unklaren Formulierung von § 194 Abs. 1 GVG vonnöten. Diese lässt den falschen Eindruck entstehen, die erstangerufene Stelle habe nicht bloss die Frage der irrtümlichen Zustellung einer Eingabe, sondern auch diejenige der Fristwahrung zu prüfen. Der Text von § 214 Abs. 1 aGVG war diesbezüglich eindeutiger, da in ihm das Kriterium der Rechtzeitigkeit des Eingangs der Eingabe nicht enthalten war; es wurde nur auf den Zeitpunkt des Eingangs bei der unrichtigen Behörde abgestellt. Ob dieser innerhalb einer bestimmten Frist lag oder nicht, war deshalb für diese Behörde unbeachtlich. Gleiches muss, trotz des neuen, weniger klaren Wortlautes, heute noch gelten. Im übrigen sind nach zürcherischer Praxis irgendwelche in einem bereits hängigen Verfahren verspätet eingereichte Prozesseingaben vom zuständigen Gericht nicht aus den Akten zu weisen, sondern lediglich bei der Entscheidung nicht zu berücksichtigen⁹³. Deren Weiterleitung, werden sie irrtümlich einer falschen Behörde zugestellt, ist somit auch nach Ablauf der Frist durchaus angebracht.

92 Damit vergleichbar ist der Bericht der ersten Instanz über die Wahrung der Berufungsfrist gemäss § 262 ZPO.

93 Hauser/Hauser, Anm. 1 Abs. 5 zu § 220 aGVG.

III. Wirkung und Anwendungsbereich von § 194 GVG

Wurde eine Eingabe gemäss § 194 GVG an die zuständige Behörde weitergeleitet, muss sie diese, ging die Eingabe rechtzeitig bei der erst-angerufenen Behörde ein, auch bei ihr als rechtzeitig eingegangen akzeptieren. Es handelt sich somit um eine Fiktion.

Diese Fiktion kommt indessen zur Wahrung bundesrechtlicher Fristen nicht zum Zuge⁹⁴, da eine kantonale rechtliche Vorschrift keine solche Wirkung entfalten kann. Das Bundesrecht selbst enthält für den Bereich der Zivilrechtspflege keine § 194 GVG entsprechende Bestimmung⁹⁵. Dazu kommt, dass eine bundesrechtliche Klagefrist weder nach § 199 GVG noch selbst nach Art. 35 OG wiederhergestellt werden kann⁹⁶. Wird somit eine an eine solche Frist gebundene Klage irrtümlich einem falschen Gericht oder einer Verwaltungsbehörde zugestellt (was nicht mit ihrer willentlichen, aber falschen Einreichung bei einem unzuständigen Gericht zu verwechseln ist), so ist ein Rechtsverlust allein dadurch zu vermeiden, dass die Klage noch innert der fraglichen Frist beim zuständigen Gericht eingeht. Deshalb vermöchte auch die Weiterleitung einer irrtümlich dem Friedensrichter als Sühnbeamten zugestellten Aberkennungs- oder Arrestprosequierungsklage⁹⁷ an das dafür zuständige Gericht gemäss § 194 GVG nicht zu verhindern, dass dieses auf die Klage nicht mehr eintreten dürfte, wenn sie bei ihm erst nach Ablauf der zehntägigen Klagefrist einträte. Denn mit der Anrufung des Friedensrichters ist diese Frist nicht gewahrt, da damit keine rechtzeitige Klageerhebung

94 Hauser/Hauser, Anm. 5 zu § 214 aGVG.

95 BGE 78 IV 132 (zu § 214 aGVG).

96 Sträuli/Messmer, N 1 zu § 112 ZPO; BGE 101 II 88. Vgl. aber Steiner in SJZ 46 (1950), S. 284, bezüglich einer analogen Anwendung von Art. 35 OG zur Wiederherstellung versäumter Klagefristen des SchKG.

97 Art. 83 Abs. 2 und 278 Abs. 2 SchKG; vgl. ferner § 104 ZPO betreffend Ausschluss des Sühnverfahrens in diesen Fällen.

im bundesrechtlichen Sinne vorliegt, weil ein Sühnverfahren hier nach kantonalem Prozessrecht obligatorisch ausgeschlossen ist⁹⁸. Dem Friedensrichter bleibt in einem solchen Fall nichts anderes übrig, als das Sühnbegehren wenn irgend möglich noch innert Frist dem zuständigen Gericht als "Klageschrift" zuzuleiten, welches dem Kläger dann Frist zur Verbesserung der vorhandenen Mängel anzusetzen haben wird⁹⁹. Jede andere Lösungsmöglichkeit zur Fristwahrung scheidet aus. Da der Friedensrichter als Sühnbeamter keine Gerichtsbarkeit besitzt, darf er sich auch nicht formell für unzuständig erklären¹⁰⁰.

§ 194 GVG ist hingegen bei allen kantonalrechtlichen Fristen anwendbar. Meines Erachtens trifft dies nicht nur auf Eingaben zu, die in Bezug auf die Wahrung der Frist dem kantonalen Zivil- oder Strafprozessrecht unterstellt sind und deren Frist grundsätzlich innegehalten wurde¹⁰¹. Auch eine Klage nach dem zürcherischen Haftungsgesetz, die vom Geschädigten nicht direkt beim zuständigen Bezirksgericht eingereicht¹⁰², sondern irrtümlich dem Friedensrichter als Sühnbeamten zugestellt wurde, kann von diesem an jenes nach § 194 GVG weitergeleitet werden. Die sechsmonatige Verwirkungsfrist gemäss § 24 Abs. 2 dieses Gesetzes wäre durch die Zustellung der Eingabe innert dieser Frist an den Friedensrichter gewahrt. Auf den Zeitpunkt ihres effektiven Eintreffens beim Gericht käme es nicht mehr an. Leider wurde in § 105 ZPO zu erwähnen vergessen, dass bei Klagen gemäss Haftungsgesetz ein Sühnverfahren ob-

98 Guldener, ZPR, S. 242; Walder, PE, S. 114 f.; BGE 63 II 170; vgl. ferner SJZ 74 (1978) S. 112 ff..

99 § 106 Abs. 4 ZPO; so auch Walder, PE, S. 47 Anm. 98.

100 Er darf lediglich auf die Unzulässigkeit der Durchführung des Sühnverfahrens hinweisen. Vgl. Guldener, ZPR, S. 392; Walder, PE, S. 30 lit. c; Sträuli/Messmer, N 3 zu § 94 ZPO. Da kein formeller gerichtlicher Unzuständigkeitsentscheid vorliegt, kommt eine Nachfristansetzung in Analogie zu Art. 139 OR nicht in Frage.

101 Zu den Besonderheiten der Fristen bei Ehrverletzungssachen vgl. Walder, PE, S. 115 Anm. 32 sowie das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 9. Mai 1956, in RB 1956, 29.

102 §§ 23 und 24 des Haftungsgesetzes vom 14.9.1969 (OS 43 S. 335).

ligatorisch ausgeschlossen ist. Ein rechtzeitiges Sühnbegehren kann deshalb durchaus in der Regel als dem Friedensrichter irrtümlich zugestellte Eingabe betrachtet und an das Bezirksgericht auch nach Ablauf der Frist als – wohl mangelhafte – "Klage" weitergeleitet werden, im Unterschied zu den vorerwähnten bundesrechtlichen Aberkennungs- und Arrestprosequierungsklagen. Gleiches dürfte wohl für alle Klagefristen des materiellen kantonalen Rechts gelten.

5. Teil

DIE PROZESSUEBERWEISUNG IN DEUTSCHLAND, ÖSTERREICH UND FRANKREICH

§ 15 BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

Das Institut der Prozessverweisung (nicht: -überweisung) in Deutschland wurde in der Dissertation von Schalch¹ eingehend behandelt; wir verweisen deshalb für die Details auf diese Arbeit. Es sollen hier lediglich die Grundzüge des Instituts zu Vergleichszwecken dargestellt werden.

I. Gesetzestexte

A) Prozessverweisung innerhalb der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit

Die Prozessverweisung unter den deutschen Zivilgerichten ist in § 281 DZPO² wie folgt geregelt:

§ 281: "Ist auf Grund der Vorschriften über die örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte die Unzuständigkeit des Gerichts auszusprechen, so hat das angegangene Gericht, sofern das zuständige Gericht bestimmt werden kann, auf Antrag des Klägers durch Beschluss sich für unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das zuständige Gericht zu verweisen. Sind mehrere Gerichte zuständig, so erfolgt die Verweisung an das vom Kläger gewählte Gericht.

-
- 1 Schalch, Die Prozessverweisung im deutschen und im Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1953.
 - 2 Deutsche Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877, in der Fassung vom 12. September 1950 und unter Berücksichtigung der seit dem 1. Juli 1977 in Kraft getretenen Vereinfachungsnovelle. § 281 entspricht dem früheren § 276 DZPO; durch die Vereinfachungsnovelle änderte die Numerierung.

Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt; mit der Verkündung des Beschlusses gilt der Rechtsstreit als bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht anhängig. Der Beschluss ist für dieses Gericht bindend.

Die im Verfahren vor dem angegangenen Gericht erwachsenen Kosten werden als Teil der Kosten behandelt, die bei dem im Beschluss bezeichneten Gericht erwachsen. Dem Kläger sind die entstehenden Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn er in der Hauptsache obsiegt."

B) Rechtswegverweisung zwischen allen Gerichtsbarkeitszweigen

Nebst der Prozessverweisung innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit, welche Thema dieser Arbeit bildet, ist in Deutschland auch die sogenannte Rechtswegverweisung zwischen allen Gerichtsbarkeitszweigen bekannt. Sie soll hier nicht näher behandelt werden³. Nur das folgende sei zur Verdeutlichung erwähnt:

Die rechtsprechende Gewalt ist in Deutschland gemäss Art. 92 in Verbindung mit Art. 95 des Grundgesetzes⁴ in fünf Zweige gegliedert, nämlich in die ordentliche, die Verwaltungs-, die Finanz-, die Arbeits- und die Sozialgerichtsbarkeit. Diese Gerichtsbarkeitszweige sind einander gleichrangig und gleichwertig. Kein Gericht eines Gerichtsbarkeitszweiges ist dem Gericht eines andern Gerichtsbarkeitszweiges untergeordnet⁵. Der Weg zu einem bestimmten Gerichtsbarkeitszweig und dessen Instanzenzug wird als Rechtsweg bezeichnet. Zwischen diesen Wegen spielt die Rechtswegverweisung. Jeder Gerichtsbarkeitszweig besitzt ein eigenes Verfahrensrecht, in dem die Rechtswegverweisung vorgesehen ist. Das Verweisungssystem ist deshalb lückenlos. Ob der beschrittene Rechtsweg zuläs-

3 Vgl. dazu Saure H., Die Rechtswegverweisung, Bielefeld 1971.

4 Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, in der Fassung vom 18. Juni 1968.

5 Rosenberg-Schwab, S. 40.

sig ist oder nicht, entscheidet das angerufene Gericht selbständig, also ohne die Mitwirkung des Gerichts eines andern Rechtsweges⁶. An diesen Entscheid sind die übrigen Gerichte gebunden. Erfolgt die Rechtswegverweisung, so beginnt vor dem andern Gericht ein neuer Rechtsstreit, da nicht von einer grundsätzlichen Verfahrenseinheit wie bei der Prozessverweisung innerhalb eines Rechtsweges (mit gleichem Verfahrensrecht) ausgegangen werden darf. Die Frage der Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtsweges kann im weitesten Sinne als ein Problem der sachlichen Zuständigkeit aufgefasst werden; im engeren Sinne nehmen die Regeln über die sachliche Zuständigkeit allerdings nur die Abgrenzung zwischen Gerichten des gleichen Gerichtsbarkeitszweiges vor. Die Rechtswegverweisung von den ordentlichen Gerichten an diejenige eines andern Zweiges basiert im wesentlichen auf § 17 Abs. 3 DGVG⁷, der wie folgt lautet:

"Hält ein ordentliches Gericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg nicht für gegeben, so verweist es in dem Urteil, in dem es den Rechtsweg für unzulässig erklärt, zugleich auf Antrag des Klägers die Sache an das Gericht des ersten Rechtszugs, zu dem es den Rechtsweg für gegeben hält. ---. Mit der Rechtskraft des Urteils gilt die Rechtshängigkeit der Sache bei dem im Urteil bezeichneten Gericht als begründet. Soll durch die Erhebung der Klage eine Frist gewahrt werden, so tritt diese Wirkung bereits in dem Zeitpunkt ein, in dem die Klage erhoben ist. Das gleiche gilt in Ansehung der Wirkungen, die durch andere als verfahrensrechtliche Vorschriften an die Rechtshängigkeit geknüpft werden."

Anzufügen bleibt, dass im Verhältnis zwischen den ordentlichen Gerichten und den Arbeitsgerichten keine eigentliche Rechtsweggrenze verläuft; dieses Verhältnis hat der Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Zuständigkeit im engeren Sinne geordnet (also so, wie wenn es sich um den gleichen Gerichtsbarkeitszweig handeln würde)⁸.

6 Rosenberg-Schwab, S. 41.

7 Deutsches Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877, in der Fassung vom 12. September 1950 und unter Berücksichtigung der seit dem 1. Juli 1977 in Kraft getretenen Vereinfachungsnovelle.

8 Rosenberg-Schwab, S. 43.

II. Voraussetzungen der Prozessverweisung

A) Oertliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts

Das Gericht hat einen förmlichen Beschluss zu fassen, in dem es seine örtliche oder sachliche Unzuständigkeit festhält und zugleich die Prozessverweisung ausspricht, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind. Es spielt keine Rolle, ob die Unzuständigkeit des Gerichts von Amtes wegen oder auf Einrede des Beklagten hin festgestellt wurde. Ebenso ist für die Prozessverweisung unerheblich, ob es sich um eine ursprüngliche (von der Klageerhebung an bestehende) oder eine erst nachträglich eintretende Unzuständigkeit handelt. Allerdings stützt sich die Verweisung bei nachträglicher sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts infolge einer zulässigen Klageänderung⁹ oder einer Widerklageerhebung auf § 506 DZPO, der im wesentlichen dem § 281 DZPO entspricht (mit der wichtigen Ausnahme, dass hier das Antragsrecht für die Verweisung beiden Parteien zusteht).

Im folgenden sollen noch einige interessante Besonderheiten behandelt werden. Erklärte sich ein westdeutsches Gericht als örtlich unzuständig, und war ein Gericht in der DDR zuständig, so wurde bis vor einigen Jahren die Verweisung selbst in diesem Fall auf Antrag grundsätzlich vorgenommen, sofern das Gericht der DDR nicht andersartiges materielles oder Verfahrensrecht anwandte¹⁰, da das Gebiet der DDR als zum eigenen Rechtspflegegebiet gehörend betrachtet wurde. Heute wird davon ausgegangen, dass in der DDR anderes materielles und Verfahrensrecht gilt, so dass eine Verweisung an deren Gerichte nicht mehr zulässig sein dürfte^{10a}.

Wurde die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart, ist die unanfechtbare und bindende Verweisung eines Prozesses von einem ordentli-

9 § 264 DZPO.

10 Rosenberg-Schwab, 11. Aufl., München 1974, S. 174 f. (und dortige Zitate)

10a Rosenberg-Schwab, 12. Aufl., München 1977, S. 182 Anm. 24.

chen Gericht an dieses gemäss § 1027a DZPO ausdrücklich ausgeschlossen. Beruft sich der Beklagte vor einem staatlichen Gericht zu Recht auf die Schiedsklausel, so hat es die Klage durch (anfechtbares) Prozessurteil als unzulässig zurückzuweisen. Es dürfen auf diese Weise der staatlichen Gerichtsbarkeit keine Prozesse entzogen werden. Ebenso ist die Verweisung in umgekehrter Richtung unmöglich. Deutsche Schiedsgerichte besitzen keine Kompetenzkompetenz, sie können nicht mit bindender Wirkung für die Staatsgerichte über ihre eigene Zuständigkeit positiv entscheiden, wenn die Gültigkeit des Schiedsvertrags bestritten wird¹¹. Umso weniger können sie bei einem negativen Entscheid den Prozess an ein staatliches Gericht mit für dieses bindender Wirkung verweisen.

In Deutschland wird heute auch die Verweisungsmöglichkeit zwischen der streitigen und der freiwilligen Zivilgerichtsbarkeit allgemein bejaht¹². Dafür besteht deshalb ein Bedürfnis, weil – an sich systemwidrig – bestimmte streitige Zweiparteienverfahren innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit durchgeführt werden¹³, welche sonst nur für Verfahren auf einseitiges Vorbringen vorgesehen ist. Dem Kläger sollte somit bei einem Irrtum hinsichtlich der Zuständigkeit dieser oder jener Gerichtsbarkeit das Institut der Verweisung zur Verfügung stehen. Da das Verfahren für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit¹⁴ nur lückenhaft geregelt ist und insbesondere eine Verweisungsnorm fehlt, drängt sich die analoge Anwendung der zivilprozessualen Vorschrift für die Verweisung (§ 281 DZPO) oder allenfalls derjenigen für die Rechtswegverweisung (§ 17 Abs. 3 DGVG) auf, je nach dem, ob man die Abgrenzung zwischen

11 Rosenberg-Schwab, S. 1022. Vgl. demgegenüber § 241 ZPO/Zürich.

12 Im Unterschied zu früher; vgl. dazu Schalch, S. 71.

13 So gehört zum Beispiel das durchaus streitige Verfahren zwischen Eheleuten über Beschränkung oder Entzug der Schlüsselgewalt der Ehefrau gemäss § 1357 BGB in die freiwillige Gerichtsbarkeit. Weitere Beispiele siehe bei Rosenberg-Schwab, S. 49 f..

14 Dieses ist im "Gesetz über die Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898" (mit zwischenzeitlichen Aenderungen) enthalten.

der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit als eine Frage der sachlichen Zuständigkeit innerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit betrachtet oder als eine solche der Zulässigkeit des eingeschlagenen Rechtsweges (die freiwillige Gerichtsbarkeit erscheint im letzteren Fall als eigener Rechtsweg ausserhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit)¹⁵. Der Hauptunterschied liegt darin, dass bei der Verweisung gemäss § 281 DZPO das Gericht, an welches der Prozess verwiesen wird, gebunden ist und seine eigene Zuständigkeit nicht mehr selbst überprüfen darf (sogenannte abdrängende und aufdrängende Wirkung). Im Falle der Rechtswegverweisung gemäss § 17 Abs. 3 DGVG ist es in dieser Hinsicht frei und kann den Prozess allenfalls auch noch weiterverweisen (bloss abdrängende Wirkung).

B) Antrag auf Verweisung

Eine Prozessverweisung darf grundsätzlich nur dann beschlossen werden, wenn sie der Kläger beantragt hat¹⁶. Ohne diesen Antrag – auf seine Stellung hat das Gericht hinzuwirken – ist auf die Klage nicht einzutreten. Er kann nach der Unzuständigerklärung des Gerichts nicht mehr gestellt werden. Wird die Verweisung indessen vorher beantragt, weil ein Unzuständigkeitsentscheid als möglich erscheint, so verzichtet der Kläger damit auf die Anfechtbarkeit dieses Entscheides (§ 281 Abs. 2 DZPO). Die Verweisung des Prozesses an das zuständige Gericht ist nach der Unzuständigerklärung unausweichlich. Mit letzterer tritt die Bedingung ein, durch welche der Verweisungsantrag – es handelt sich um einen bedingten Prozessantrag – seine volle Wirkung entfaltet. Als Prozessantrag darf er bis zum Entscheid des Gerichts sowohl zurückgenommen als auch – nach seiner Rücknahme – erneut gestellt werden. Eine Rück-

15 Vgl. zu diesem Problemkreis auch Saure, a.a.O., S. 20 f.; Habscheid, S. 60 und Rosenberg-Schwab, S. 51 f..

16 § 281 Abs. 1 DZPO; Ausnahme: § 506 DZPO (Antragsrecht auch des Beklagten bei nachträglich eintretender Unzuständigkeit infolge Klageänderung oder Widerklageerhebung, aber keine Verweisung von Amtes wegen in diesen Fällen).

nahme ist dann angezeigt, wenn der Kläger mit fortschreitendem Verfahren immer mehr zur Ueberzeugung gelangt, das angerufene Gericht sei doch zuständig. Wenn es sich in diesem Falle wider Erwarten des Klägers doch für unzuständig erklärt, steht ihm die Anfechtung dieses Entscheides offen. Er kann den Verweisungsantrag in der Rechtsmittelinstanz erneut stellen¹⁷, falls diese die Unzuständigkeit der Vorinstanz bestätigen sollte.

Nicht erforderlich ist, dass der Kläger das zuständige Gericht in seinem Antrag angibt. Die Bestimmung dieses Gerichts kommt dem verweisenden Gericht zu (vgl. unten C)). Im übrigen ist der Verweisungsantrag auch bei Säumnis des Beklagten zulässig¹⁸.

C) Bestimmbarkeit des zuständigen Gerichts

Es obliegt dem verweisenden Gericht, das zuständige Gericht genau zu bezeichnen, und zwar – gemäss herrschender Lehre¹⁹ – sowohl in örtlicher als auch in sachlicher Hinsicht. Ohne diese exakte Bezeichnung darf kein Verweisungsbeschluss erfolgen. Dies gilt selbst dann, wenn sich das Gericht nur als örtlich unzuständig erklärt und deshalb den Prozess verwiesen hat; es muss gleichwohl auch das sachlich zuständige Gericht bestimmen, was hinsichtlich der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses wichtig ist²⁰. Kann es das zuständige Gericht nicht sicher bestimmen²¹, muss es die Klage trotz des klägerischen Verweisungsantrags als unzulässig zurückweisen. Eine Verweisung, in der das

17 Schalch, S. 35.

18 Schalch, S. 17.

19 Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 281 DZPO und dortige Zitate; Grunsky, S. 360; Schalch, S. 18.

20 Vgl. hinten III. B).

21 Auch nicht, nachdem es zusätzliche Abklärungen vorgenommen und allenfalls weitere Beweismittel eingefordert hat.

zuständige Gericht nicht exakt bestimmt ist, ist anders als im Normalfall gemäss § 281 Abs. 2 DZPO anfechtbar und bindet die allenfalls in Frage kommenden Gerichte nicht. Können mehrere Gerichte örtlich zuständig sein (Wahlgerichtsstand), so hat der Kläger in seinem Antrag eines auszuwählen²²; das Gericht darf diese Wahl nicht anstelle des Klägers vornehmen²³.

III. Wirkungen der Prozessverweisung

A) Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses

Gemäss § 281 Abs. 2 DZPO ist dieser Beschluss grundsätzlich unanfechtbar. Erfolgt die Verweisung erst in der Rechtsmittelinstanz, nachdem diese ein Sachurteil der Vorinstanz zufolge von Unzuständigkeit (welche jene nicht selber erkannt hatte), aufheben musste, so ist auch dieses Verweisungsurteil unanfechtbar. Ein Verweisungsentscheid wäre selbst dann nicht anfechtbar, wenn ihm eine Verletzung von Verfahrensvorschriften zugrunde läge oder wenn gar das verweisende Gericht selbst ausschliesslich (zwingend) zuständig gewesen wäre²⁴. Somit ist auch die Verweisung, die ohne Vorliegen eines klägerischen Antrags unzulässigerweise beschlossen wird, rechtsgültig²⁵.

Diese rigorose Regelung zeigt das Bestreben des deutschen Gesetzgebers, Prozessverzögerungen wegen Zuständigkeitsstreitigkeiten so weit als irgend möglich zu verhindern. Immerhin bleibt (wie bereits erwähnt) eine unbestimmte und ausserdem eine offenbar gesetzwidrige Verweisung, die jeglicher Rechtsgrundlage entbehrt und sich daher als willkürlich erweist,

²² § 281 Abs. 1 DZPO.

²³ Vgl. Schalch, S. 18.

²⁴ Vgl. Schalch, S. 22 ff..

²⁵ Schalch, S. 23; Rosenberg-Schwab, S. 184 lit. e.

anfechtbar. Das wäre der Fall bei einer Verweisung, die in Missachtung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs erginge (z. B. keine Anhörung der Parteien zur Zuständigkeitsfrage) oder die den Prozess an ein funktionell unzuständiges Gericht weiterleitete²⁶.

B) Bindungswirkung für das Zweitgericht

Mit der Unanfechtbarkeit des Verweisungsbeschlusses hängt eng dessen Bindungswirkung für das Zweitgericht zusammen. Darf der Kläger im Falle der Verweisung die ihr zugrunde liegende Unzuständigerklärung des Gerichts nicht anfechten, soll ihm wenigstens die Fortsetzung des Verfahrens beim angewiesenen zuständigen Gericht gewährleistet werden, ohne dass er noch mit weiteren Zuständigkeitsstreitigkeiten rechnen muss. Deshalb ist der Verweisungsbeschluss für das Zweitgericht in dem Sinne bindend, als es seine eigene Zuständigkeit nun nicht mehr überprüfen darf. Dies gilt selbst dann, wenn es die Ordnungsmässigkeit und Richtigkeit der Verweisung bezweifelt²⁷. Allerdings reicht die Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses nicht weiter als sein Inhalt: Erfolgt die Verweisung, weil sich das Erstgericht für örtlich unzuständig erklärt hat, ist das Zweitgericht nur bezüglich seiner örtlichen, nicht aber hinsichtlich seiner sachlichen Zuständigkeit gebunden. Grunsky²⁸ vertritt die Ansicht, das Erstgericht habe den Prozess nach dem klägerischen Antrag sofort zu verweisen, sobald es den Mangel auch nur einer Zuständigkeitsart bemerke, weshalb keine weiteren Zuständigkeitsabklärungen mehr erfolgen dürften; deshalb könne der Verweisungsbeschluss diesbezüglich auch keine Bindungswirkung entfalten²⁹. Immerhin sind Thomas-Putzo³⁰

26 Vgl. dazu Rosenberg-Schwab, S. 184; Schönke-Kuchinke, S. 164; Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 281 DZPO; Schalch, S. 24.

27 Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 281 DZPO.

28 Grunsky, S. 359 f..

29 So auch Rosenberg-Schwab, S. 184.

30 Thomas-Putzo, Anm. 2 zu § 281 DZPO.

der Auffassung, dass das Zweitgericht wohl hinsichtlich seiner sachlichen Zuständigkeit nicht gebunden sei, wenn die Verweisung wegen örtlicher Unzuständigkeit des Erstgerichts erfolge, dass dies aber nicht für den umgekehrten Fall gelte (Bindungswirkung bezüglich der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit bei Verweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit). Je enger man diese Wirkung des Verweisungsbeschlusses fasst, der immerhin nur ergehen darf, wenn das Erstgericht das sowohl örtlich als auch sachlich zuständige Zweitgericht exakt bestimmen kann, desto mehr betont man den selbständigen Charakter der Voraussetzung einer jeden Verweisung, nämlich der Unzuständigerklärung.

C) Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit

Gemäss § 281 Abs. 2 DZPO gilt mit der Verkündung des Verweisungsbeschlusses der Rechtsstreit bei dem bezeichneten Gericht als anhängig. Mit der Anhängigkeit wird nur das tatsächliche Befasstsein eines Gerichts mit einem Verfahren bezeichnet. Das Zweitgericht wird somit - fiktiv - zu einem Zeitpunkt Prozessgericht, in dem es von der Verweisung noch keine Kenntnis hat, weil die Aktenzustellung notgedrungen eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt.

Allgemein gilt, dass das spätere Verfahren mit dem früheren ein einheitliches Ganzes bildet (es bildet eine Instanz), so dass sich die Rechtshängigkeit mitsamt ihren Wirkungen, insbesondere der Unterbrechung der Verjährung und der Wahrung von Präklusivfristen, natürlicherweise fortsetzt³¹. Dieser Grundsatz kommt auch zur Anwendung, wenn das Zweitgericht ausschliesslich (zwingend) zuständig ist³². Diese

31 Zweifel herrschten früher noch bezüglich der Wahrung von Präklusivfristen (Verwirkungsfristen), vgl. Schalch, S. 26; sie sind nun aber überwunden, vgl. Rosenberg-Schwab, S. 186.

32 Rosenberg-Schwab, S. 186.

Wirkungen der Rechtshängigkeit müssen im Rahmen der Prozessverweisung innerhalb der ordentlichen Zivilgerichtsbarkeit umso mehr zum Zuge kommen, als sie gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Regelung sogar bei der Rechtswegverweisung zwischen verschiedenen Gerichtsbarkeitszweigen fortbestehen.

Das Verfahren wird somit durch das Zweitgericht unmittelbar in der Lage weitergeführt, in der es sich vor der Verweisung befand. Bereits vorgenommene Prozesshandlungen des Gerichts und der Parteien bleiben weiterhin gültig und bedürfen keiner Wiederholung. Sind dafür vorgesehene Fristen abgelaufen, können die Handlungen nicht mehr nachgeholt werden. Das Zweitgericht hat nach der Ueberweisung von Amtes wegen die Parteien vorzuladen und den Termin für die nächste Verhandlung festzusetzen. Den Beklagten muss es selbst dann vorladen, wenn er vor dem Erstgericht säumig war³³.

D) Kostenregelung³⁴

Da der unanfechtbare und bindende Verweisungsbeschluss rein prozessleitender Natur ist und das Verfahren vor dem Erst- und Zweitgericht eine Einheit bildet, erscheint es bei einer solchen, allein auf die Prozessökonomie ausgerichteten Ausgestaltung der Verweisung als konsequent, dass erst das Zweitgericht über die gesamten Kosten entscheidet. Im Verweisungsbeschluss selbst dürfen deshalb überhaupt keine Prozesskosten auferlegt werden. Das Zweitgericht hat aber dem Kläger die vor dem Erstgericht aufgelaufenen Mehrkosten auch dann aufzuerlegen, wenn dieser in der Hauptsache obsiegt³⁵. Diese Regelung gilt nicht bei der Verweisung gemäss § 506 DZPO (nachträgliche sachliche Unzuständigkeit

33 § 335 Abs. 1 Ziff. 2 DZPO.

34 Siehe dazu Schalch, S. 27 ff..

35 § 281 Abs. 3 DZPO.

des Gerichts infolge Klageänderung oder Widerklageerhebung), da hier dem Kläger nicht vorgeworfen werden kann, er habe von Anfang an ein unzuständiges Gericht angerufen. Die gesamten Prozesskosten werden nach Absatz 2 dieser Bestimmung den Parteien je nach dem Obsiegen oder Unterliegen in der Sache selbst auferlegt. Die Mehrkosten im Sinne von § 281 Abs. 3 DZPO bestehen in der Differenz zwischen den dem unterliegenden Beklagten tatsächlich entstandenen Kosten und denen, die ihm erwachsen wären, wenn der Kläger von Anfang an das zuständige Gericht angerufen hätte³⁶.

IV. Würdigung

In Deutschland ist das Verweisungssystem innerhalb der rechtsprechenden dritten Gewalt perfekt ausgestaltet worden. Die Prozessverweisung im Rahmen der Zivilgerichtsbarkeit hat wegen der Unanfechtbarkeit und der Bindungswirkung des Verweisungsbeschlusses eine höchst prozessökonomische Wirkung. Dafür wird bewusst die Gefahr einer allfälligen Verletzung der Zuständigkeitsvorschriften in Kauf genommen. Sie ist allerdings eher gering zu veranschlagen, dies insbesondere deshalb, weil das Zweitgericht vom verweisenden Richter selbst genau zu bestimmen ist³⁷.

§ 16 OESTERREICH

I. Gesetzestext

Die Prozessüberweisung ist in § 261 der österreichischen Zivilprozessordnung vom 1.8.1895 geregelt. Diesem Paragraphen wurde durch die

³⁶ Baumbach-Lauterbach, Ziff. 4 zu § 281 DZPO.

³⁷ Vgl. dazu auch Schalch, S. 88.

1. Gerichtsentlastungsnovelle (GEN) vom 1.6.1914 folgender Absatz 6 hinzugefügt, der durch die 6. GEN vom 2.7.1929 noch ergänzt und verdeutlicht wurde:

§ 261 Abs. 6: "Wenn der Beklagte die Unzuständigkeit einwendet, kann der Kläger den Antrag stellen, dass das Gericht für den Fall, dass es der Einrede stattgibt, die Klage an das vom Kläger namhaft gemachte Gericht überweise. Diesem Antrage hat das Gericht stattzugeben, wenn es das andere Gericht nicht für offenbar unzuständig erachtet. Die Ueberweisung ist mit dem Beschlusse über die Unzuständigkeit zu verbinden. Ueber den Antrag kann auch bei der ersten Tagsatzung entschieden werden. Gegen diesen Beschluss ist mit Ausnahme der Entscheidung über die Kosten des Zuständigkeitsstreites ein Rechtsmittel nicht zulässig. Die Streitanhängigkeit wird durch diese Ueberweisung nicht aufgehoben. Eine neuerliche erste Tagsatzung findet nicht statt, die Beantwortung der Klageschrift ist durch schriftlichen Beschluss aufzutragen. Die neue Verhandlung ist mit Benützung des über die erste Verhandlung aufgenommenen Verhandlungsprotokolles und aller sonstigen Prozessakten durchzuführen und im Sinne des § 138 (betrifft die Wiederholung der wesentlichen Ergebnisse der ersten Tagsatzung durch den Richter. Der Verf.) einzuleiten. Die Einrede der Unzuständigkeit kann der Beklagte bei dieser Verhandlung nur erheben, bevor er sich in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt, und nicht auf Gründe stützen, die mit seinen früheren Behauptungen in Widerspruch stehen."

Auf den ersten Blick fällt die Kompliziertheit und Schwerfälligkeit dieser Ueberweisungsvorschrift auf. Deren Auslegung bereitete den Gerichten insofern Schwierigkeiten, als die Vorschrift nur sehr genau die rein verfahrensrechtliche Seite der Ueberweisung ordnet, aber ihren eigenen sachlichen Anwendungsbereich nicht klar genug umschreibt³⁸. In dieser Hinsicht muss naturgemäss der Grundgedanke des Instituts, die Prozessökonomie, im Vordergrund stehen; die Vorschrift soll extensiv ausgelegt, und sie soll so weit als möglich auf alle Verfahren angewandt werden, um Verzögerungen oder gar Rechtsverlust infolge Unzuständigkeitsentscheiden weitestgehend zu verhindern. Die folgenden Ausführungen stüt-

38 Fasching, Anm. 7 Abs. 2 zu § 261 OeZPO.

zen sich auf die Werke von Michlmayr/Stohanzl³⁹, Fasching⁴⁰ und Petschek/Stagel⁴¹ und sind im Sinne einer Zusammenfassung der dort zur Prozessüberweisung geäußerten Auffassungen zu verstehen.

II. Voraussetzungen der Prozessüberweisung

A) Oertliche oder sachliche Unzuständigkeit des Gerichts

Obwohl im Gesetzestext nicht ausdrücklich erwähnt, ist § 261 Abs. 6 OeZPO unbestrittenermaßen sowohl bei örtlicher als auch bei sachlicher Unzuständigkeit des Gerichts anwendbar. Unerheblich ist, ob eine an sich heilbare⁴² oder unheilbare⁴³ Unzuständigkeit vorliegt. § 261 Abs. 6 OeZPO findet auch Anwendung für die Ueberweisung eines Prozesses von einem Zivilgericht an ein Arbeitsgericht; letztere fallen – wie in Deutschland – nicht unter die ordentliche Gerichtsbarkeit, sondern bilden einen eigenen Gerichtsbarkeitszweig. Es handelt sich somit um eine Rechtswegverweisung.

Weitere Verweisungsmöglichkeiten an andere Gerichtsbarkeitszweige werden mehrheitlich abgelehnt. So ist insbesondere die Ueberweisung eines Verfahrens an ein Verwaltungsgericht (gemäß österreichischer Terminologie: Gerichtshof des öffentlichen Rechts) unzulässig. Ebenso ist sie zwi-

39 Michlmayr/Stohanzl, Jurisdiktionsnorm und Zivilprozessordnung, kommentierte Ausgabe, 13. Aufl., Wien 1973, Anmerkungen zu § 261 Abs. 6 ZPO.

40 Fasching, Komm. zu den Zivilprozessgesetzen, III. Bd., Wien 1966, Anm. 7 ff. zu § 261 ZPO.

41 Petschek/Stagel, Die österreichische Zivilprozessordnung, Wien 1963, S. 135 ff..

42 Heilbar in dem Sinne, dass ein an sich unzuständiges Gericht durch eine Zuständigkeitsvereinbarung der Parteien oder durch die Einlassung des Beklagten zuständig werden könnte.

43 Unheilbar deshalb, weil zwingend die Zuständigkeit eines andern Gerichts vorgeschrieben ist.

schen dem streitigen und dem sogenannten ausserstreitigen Verfahren (Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit) grundsätzlich ausgeschlossen, obwohl in jenem durchaus auch eigentliche kontradiktorische Prozesse durchgeführt werden. Ausnahmsweise wird in solchen Fällen eine Ueberweisung aber doch zugelassen. In Oesterreich kommt der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine sehr grosse Bedeutung zu, weshalb diese Ausnahmen offenbar nicht zu umgehen sind. Das sogenannte "ausserstreitige" Verfahren lässt sich oft nicht genau von einem streitigen abgrenzen.

Hingegen bejahen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung die Prozessüberweisung zwischen staatlichen Gerichten und institutionellen Schiedsgerichten. Die Ueberweisung von Verfahren auch an nichtinstitutionelle Schiedsgerichte wird zum Teil befürwortet, zum Teil mit der Begründung abgelehnt, dass nach Wortlaut und Sinn von § 261 Abs. 6 Satz 1 OeZPO nur ein bereits existierendes Gericht vom Kläger namhaft gemacht werden könne⁴⁴. Fasching lehnt sogar die Ueberweisung von Verfahren an institutionelle Schiedsgerichte ab, weil auf diese Weise der staatlichen Gerichtsbarkeit infolge des mit der Ueberweisung verbundenen Rechtsmittelausschlusses Prozesse entzogen werden können, ohne dass die Zulässigkeit eines solchen Entzugs noch durch ein übergeordnetes staatliches Gericht überprüfbar ist⁴⁵.

B) Antrag auf Ueberweisung

Die Ueberweisung darf nur aufgrund des vor dem Unzuständigkeitsentscheid gestellten Antrages des Klägers angeordnet werden; ohne diesen ist sie gesetzwidrig und – anders als in Deutschland – anfechtbar. Nach dem Wortlaut von § 261 Abs. 6 Satz 1 OeZPO dürfte der Kläger den An-

44 Vgl. zu dieser restriktiven Auslegung Petschek, in OeZBl 1934 Nr. 21.

45 Fasching, a.a.O., Anm. 9 (am Ende) zu § 261 Abs. 6 OeZPO.

trag nur nach erfolgter Unzuständigkeitseinrede des Beklagten stellen und nicht auch bei einer von Amtes wegen wahrgenommenen Unzuständigkeit. Eine solche Schlechterstellung des Klägers im letzteren Fall ist indessen nach herrschender Meinung keineswegs gerechtfertigt, weshalb der Ueberweisungsantrag auch bei einer von Amtes wegen wahrgenommenen Unzuständigkeit ohne weiteres als zulässig erachtet wird. Er darf aber nur im voraus anlässlich der vorgeschriebenen separaten Verhandlung über die Frage der Zuständigkeit gestellt werden; nach der Unzuständigerklärung des Gerichts ist er nicht mehr statthaft.

C) Keine offenbare Unzuständigkeit des vom Kläger bezeichneten Gerichts

Das überweisende Gericht hat das zuständige nicht selbst ausfindig zu machen wie in Deutschland; diese Aufgabe obliegt genau gleich wie nach zürcherischem Prozessrecht dem Kläger. Um aber offensichtliche Falschüberweisungen zu vermeiden, muss es die Zuständigkeit des vom Kläger bezeichneten Gerichts überprüfen, allerdings auch nur sehr summarisch. Es darf in diesem Zusammenhang keine zusätzlichen Abklärungen vornehmen; im Zweifelsfall ist der Prozess an das genannte Gericht zu überweisen. Das Risiko einer Falschüberweisung trägt allein der Kläger.

III. Wirkungen der Prozessüberweisung

A) Unanfechtbarkeit des Ueberweisungsbeschlusses

Die Ueberweisung und die ihr zugrundeliegende Unzuständigerklärung haben in einem einheitlichen Beschluss zu erfolgen. Gegen ihn sind mit Ausnahme bezüglich des Kostenpunktes keine Rechtsmittel zulässig. Der Rechtsmittelausschluss gilt aber nur dann, wenn die Ueberweisung kor-

rekt zustande kam. Wurde sie in Missachtung der gesetzlichen Voraussetzungen angeordnet, so ist der Beschluss anfechtbar; dies ist der Fall, wenn zum Beispiel der klägerische Antrag fehlt oder sich das Gericht nicht ausdrücklich oder mindestens sinngemäss für unzuständig erklärt hat. Solche mangelhaften Ueberweisungen würden nach allgemeiner Auffassung die Parteien derart beschweren, dass das Rechtsmittelverbot als zu stossend erschiene.

B) Beschränkte Bindungswirkung für das Zweitgericht

Das Zweitgericht darf auch bei einer korrekten Ueberweisung seine eigene Zuständigkeit selbst neu überprüfen. Kommt es indessen zum Schluss, das Erstgericht sei in Wirklichkeit zuständig, so darf es gemäss herrschender Meinung den Prozess nicht zurücküberweisen oder sich – ohne die Ueberweisung anzuordnen – für unzuständig erklären. Insoweit ist es durch den Ueberweisungsbeschluss gebunden. Es hat das Verfahren selbst dann anhand zu behalten, wenn es das Erstgericht aufgrund von zwingenden Vorschriften für zuständig hält. Ein negativer Kompetenzkonflikt ist somit zum vornherein ausgeschlossen. Anders verhält es sich indessen, wenn das Zweitgericht ein drittes Gericht für ausschliesslich zuständig hält. In diesem Fall darf es sich ohne weiteres von Amtes wegen für unzuständig erklären und den Prozess, falls der Kläger darauf anträgt, diesem Gericht weiterüberweisen.

Erhebt der Beklagte beim Zweitgericht vor der Einlassung auf die Hauptsache die Unzuständigkeitseinrede, so kann sie nur dann Erfolg haben, wenn er sie auf Gründe stützt, die mit seinen früheren Behauptungen nicht in Widerspruch stehen. Hat der Kläger bei der Bezeichnung des zuständigen Zweitgerichtes die Gründe des Beklagten für die Erhebung der Unzuständigkeitseinrede vor dem Erstgericht berücksichtigt, so ist eine erneute Gutheissung der Einrede nur schwerlich denkbar. In diesem

Umfang bindet der Ueberweisungsbeschluss auch den Beklagten. Wird jedoch seiner Unzuständigkeitseinrede stattgegeben, so steht der Ueberweisung an ein drittes Gericht nichts entgegen.

C) Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit (Streitanhängigkeit)

Die Rechtshängigkeit des Prozesses und die an sie geknüpften Wirkungen bleiben bei der Ueberweisung bestehen. Insbesondere gelten Klagefristen als gewahrt, wenn die Klage rechtzeitig beim unzuständigen Erstgericht rechtshängig wurde. Eine Neudurchführung der früheren Verhandlungen erübrigt sich; was bereits vorgebracht wurde, muss nicht wiederholt werden, was aber versäumt wurde, bleibt versäumt. Das Verfahren wird beim Zweitgericht in dem Stadium aufgenommen, in welchem es vor dem Erstgericht aufgehört hat. Es beginnt dort kein neuer Rechtsstreit (Grundsatz der Einheit des Verfahrens). Bezüglich der für seine Zuständigkeit massgeblichen Umstände hat auch das Zweitgericht auf den Sachverhalt zur Zeit der Einleitung des Verfahrens vor dem unzuständigen Erstgericht abzustellen.

D) Kostenregelung

Im Ueberweisungsbeschluss sind lediglich diejenigen gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten festzulegen, welche im Rahmen des eigentlichen Unzuständigkeitsverfahrens entstanden. Die nebst diesen Mehrkosten aufgelaufenen übrigen Kosten sind nicht zu berücksichtigen; sie werden vom Zweitgericht je nach dem Entscheid in der Sache selbst verlegt. Uneinigkeit herrscht darüber, wann von eigentlichen Mehrkosten gesprochen werden könne. Erhebt der Beklagte vorschriftsgemäss die Unzuständigkeitseinrede anlässlich der ersten Tagsatzung und widersetzt sich ihr

der Kläger nicht, so liegt gemäss der einen Meinung ein Zuständigkeitsstreit im Sinne von Art. 261 Abs. 6 Satz 5 OeZPO nicht vor, weshalb gar keine Mehrkosten entstehen können. Die andere, weniger formalistische Meinung geht indessen dahin, dass bezüglich der Mehrkostenfrage nichts auf die klägerische Bestreitung der Begründetheit der Unzuständigkeitseinrede ankomme; selbst wenn diese nicht bestritten werde, liege ein Zuständigkeitsstreit im Sinne des Gesetzes vor, und der Beklagte habe deshalb für seine Umtriebe Anspruch auf einen gewissen Kostenersatz. Dieser sei ihm sogar dann zuzubilligen, wenn das Erstgericht seine Unzuständigkeit von Amtes wegen (und nicht auf Einrede hin) wahrgenommen habe.

Erfordert die Klärung der Zuständigkeitsfrage die (teilweise) Durchführung des Hauptverfahrens durch den Erstrichter, damit dieser die Existenz allfälliger kompetenzbegründender oder -zerstörender Tatsachen überhaupt beurteilen kann, so erhöhen sich dadurch die Mehrkosten nicht, da dieses Verfahren im Falle der Ueberweisung durch das Zweitgericht nicht mehr zu wiederholen ist.

Allein im Kostenpunkt ist der Ueberweisungsbeschluss gemäss § 261 Abs. 6 Satz 5 OeZPO mit einem Rechtsmittel anfechtbar.

IV. Würdigung

Das Institut der Prozessüberweisung wurde in Oesterreich nicht mit der gleichen Konsequenz wie in Deutschland durchgestaltet. Man blieb gleichsam auf halbem Wege stehen. Wohl wurde der Ueberweisungsbeschluss als solcher für unanfechtbar erklärt, den nächsten Schritt unterliess man aber, man verlieh ihm keine absolute Bindungswirkung gegenüber dem Zweitgericht. Das hängt damit zusammen, dass der Kläger selbst auf eigenes Risiko das zuständige Gericht zu bezeichnen hat; dieses wird nicht vom überweisenden Gericht bestimmt. Unter diesen Umständen

ginge eine derartige Bindungswirkung eindeutig zu weit, da die Gefahr allfälliger Verletzungen von Zuständigkeitsvorschriften zu gross wäre. Wegen des Entscheids, den Kläger nach dem Prinzip der Parteiherrschaft das zuständige Gericht selbst bezeichnen zu lassen, haben prozessökonomische Zweckmässigkeitsüberlegungen, die für die Einführung einer absoluten Bindungswirkung sprechen, zurückzustehen.

§ 17 FRANKREICH

I. Gesetzestext

Art. 169 des Code de procédure civile (CPC) vom 14. April 1806 wurde in den Jahren 1958, 1960, 1965 und letztmals 1972⁴⁶ revidiert. Dieser Artikel, bzw. das nun geltende Dekret regelt in minuziöser Art und Weise das Verfahren, welches einzuschlagen ist, wenn die Zuständigkeit eines Gerichtes erster Instanz umstritten ist, und das – allerdings erst in der Appellationsinstanz (la cour d'appel) – zu einer Prozessüberweisung führen kann. Die einschlägigen Artikel des Dekrets lauten wie folgt:

Art. 15: "S'il est prétendu que la juridiction saisie est incompétente, la partie qui soulève cette exception doit, à peine d'irrecevabilité, la motiver et faire connaître dans tous les cas devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée."

In Art. 169 al. 1 CPC wird noch ausdrücklich festgehalten, dass sowohl die Einrede der örtlichen als auch diejenige der sachlichen Unzuständigkeit erhoben werden kann.

Art. 20: "Lorsque le juge se prononce sur la compétence sans statuer sur le fond du litige, sa décision ne peut être attaquée que

46 Dekret Nr. 72-684 vom 20. Juli 1972, abgedruckt in: Recueil Dalloz/Sirey, de doctrine, de jurisprudence et de législation, Paris 1972, législation, p. 438, im folgenden als "Dekret" bezeichnet.

par voie du contredit, quand bien même le juge aurait tranché la question de fond dont dépend la compétence."

Allein das Rechtsmittel des "contredit" (sinngemäss: Einsprache) steht gegen einen selbständigen Zuständigkeitsentscheid des erstinstanzlichen Richters zur Verfügung, selbst wenn dieser für seine Entscheidung auch zur Hauptsache Stellung nehmen musste, ohne allerdings über den Anspruch zu entscheiden.

Art. 21: "Si le juge se déclare compétent, l'instance est suspendue jusqu'à l'expiration du délai pour former contredit et, en cas de contredit, jusqu'à ce que la cour d'appel ait rendu sa décision."

Das Verfahren darf somit auch bei einem positiven Zuständigkeitsentscheid nicht sofort weitergeführt werden (anders: § 111 Abs. 2 der zürch. ZPO bei Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede im mündlichen Verfahren). Gemäss Art. 22 al. 1 des Dekrets beträgt die Einsprachefrist 14 Tage.

Art. 26: "La Cour désigne la juridiction qu'elle estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi."

II. Voraussetzungen der Prozessüberweisung (renvoi)

A) Positiver oder negativer Zuständigkeitsentscheid des erstinstanzlichen Gerichts und dessen Anfechtung

Damit es überhaupt zu einer Prozessüberweisung kommen kann, muss die Entscheidung dieses Gerichts an die Appellationsinstanz weitergezogen werden. Dabei wird es sich in der Regel um einen selbständigen Zuständigkeitsentscheid handeln, also um ein Prozessurteil, oder aber ausnahmsweise auch um ein Sachurteil, mit dessen Ausfällung das Gericht

seine Zuständigkeit implizite bejaht. Geschieht dies in Verletzung zwingender Zuständigkeitsvorschriften, so ist das Urteil in jedem Stadium des Verfahrens – und somit auch in der Appellationsinstanz – von Amtes wegen aufzuheben. Ob die Unzuständigkeit des erstinstanzlichen Gerichts von Amtes wegen⁴⁷ oder auf Einrede des Beklagten hin festgestellt wurde, spielt bezüglich der Vornahme der Prozessüberweisung durch den Appellationshof keine Rolle.

B) Aufhebung der Zuständigerklärung, bzw. Bestätigung der
Unzuständigerklärung des erstinstanzlichen Gerichts
und Bestimmung des zuständigen Gerichts
durch den Appellationshof

Erklärt der Appellationshof den Vorderrichter für unzuständig, so hat er von Amtes wegen das zuständige erstinstanzliche Gericht zu bestimmen (Art. 26 al. 1 des Dekrets). Es bedarf dazu keines klägerischen Antrags. Er kann allerdings diese Bestimmung unterlassen und – liegt bereits ein Sachentscheid vor und ist die Sache spruchreif – selbst einen neuen Entscheid fällen, wenn sich das tatsächlich zuständige erstinstanzliche Gericht innerhalb seines Gerichtsbezirkes befindet (Art. 29 des Dekrets). Die obere Instanz darf unter diesen Umständen davon ausgehen, sie sei auf alle Fälle zur Behandlung der Sache zuständig; die Tatsache, dass das bisherige Verfahren vor einem unzuständigen Gericht durchgeführt wurde, bleibt unberücksichtigt. Die Parteien verlieren auf diese Weise eine Instanz.

In der Begründung der Unzuständigkeitseinrede ist gemäss Art. 15 des Dekrets genau bekanntzugeben, welches Gericht als zuständig erachtet wird; andernfalls ist die Einrede unbeachtlich. Gleichwohl ist der Appellationshof frei, ein anderes als das bezeichnete Gericht für zuständig zu

47 Vgl. dazu Art. 32 und 33 des Dekrets.

erklären⁴⁸. Mit diesem Erfordernis sollen prozessverzögernde, nur taktisch bedingte Einreden verhindert werden⁴⁹. Allerdings erfüllt dieses Mittel seinen Zweck nur schlecht, genügt doch zur Erfüllung des gesetzlichen Erfordernisses die Bezeichnung irgendeines wahrscheinlich zuständigen Gerichts, ohne dass genauere Abklärungen verlangt werden.

Interessant ist die frühere Regelung, die von 1958 bis 1960 galt, wonach jeder selbständige Zuständigkeitsentscheid eines untergeordneten Gerichts von Amtes wegen durch den Appellationshof überprüft werden musste.

Dieser administrative Weiterzug war indessen höchst umstritten und musste alsbald wieder aufgegeben werden, da er die Prozesse oft völlig unnötig verzögerte, wenn die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts klar ersichtlich war und der Kläger dies ohne weiteres anerkannte⁵⁰.

Diese unter solchen Umständen stossende Regelung widerspiegelt aber deutlich das Bestreben des französischen Gesetzgebers, in Zuständigkeitsfragen nur eine obere Instanz endgültig entscheiden zu lassen, woraus verständlich wird, warum die Prozessüberweisung mit bindender Wirkung für das als zuständig bezeichnete Gericht erst durch den Appellationshof vorgenommen werden darf.

Hält dieser den Rechtsweg für unzulässig und ein Verwaltungsgericht für zuständig, so darf er letzteres nicht gemäss Art. 26 des Dekrets mit bindender Wirkung als zuständig bezeichnen (Art. 36 des Dekrets). Eine Rechtswegverweisung nach deutschem Muster ist ausgeschlossen. In Frankreich werden die Verwaltungsgerichte auf Grund ihrer Entstehungsgeschichte auch heute noch als zur Exekutiv- und keinesfalls zur rechtsprechenden Gewalt gehörend betrachtet, weshalb davon ausgegangen wird, dass sie materiell keine unabhängige rechtsprechende, sondern eine verwaltende Tätigkeit ausüben, ihre Entscheide somit als Verwaltungsakte

48 Solus/Perrot, Nr. 640.

49 Solus/Perrot, Nr. 640.

50 Vgl. dazu Solus/Perrot, Nr. 710.

zu bezeichnen sind⁵¹. Die Verweisung eines hängigen Streitverfahrens ist naturgemäss nur innerhalb der rechtsprechenden Gewalt und nicht auch zwischen dieser und der Exekutivgewalt möglich. In einem solchen Fall werden die Parteien lediglich angewiesen, formell richtig vorzugehen (Art. 36 des Dekretes). Nach der gleichen Bestimmung wird verfahren, wenn sich ein Schiedsgericht als für die Behandlung der Sache zuständig erweist⁵².

III. Wirkungen der Prozessüberweisung

A) Anfechtbarkeit des Entscheides des Appellationshofes

Dieser Entscheid, in dem das angerufene Gericht für unzuständig erklärt und zugleich das zuständige erstinstanzliche Gericht bestimmt wird, kann mit der Kassationsbeschwerde (*pourvoi en cassation*) beim Kassationshof (*Cour de cassation*) angefochten werden, wenn eine Partei geltend machen will, die Zuständigkeitsfrage sei falsch entschieden worden. Bei Gutheissung der Beschwerde wird die Sache zur Neubehandlung einem andern Appellationshof überwiesen. Unzulässig ist die Beschwerde aber, wenn die Parteien damit lediglich erreichen wollen, dass ein anderes als das bezeichnete Gericht für zuständig erklärt werde⁵³.

51 Vgl. dazu Schmid A., Gedanken über das Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in ZSR NF 72, S. 374 ff..

52 Solus/Perrot, Nr. 749.

53 Solus/Perrot, Nr. 786.

B) Bindende Wirkung dieses Entscheides

Durch die Bestimmung des zuständigen erstinstanzlichen Gerichts im Entscheid des Appellationshofes ist dieses gebunden, es darf seine eigene Zuständigkeit nicht mehr überprüfen; aber auch die Parteien sind insofern gebunden, als sie die betreffende Streitsache nurmehr vor dieses Gericht bringen dürfen (Art. 26 al. 2 des Dekretes). Die Bindungswirkung gilt auch für Gerichte ausserhalb des Gerichtsbezirks des Appellationshofes⁵⁴. Selbst Einwendungen der Parteien, der Appellationshof habe für die Bestimmung des zuständigen Gerichts wichtige Vorbringen ausser acht gelassen, sind nicht zu hören⁵⁵.

C) Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit

Die Fortsetzung des Prozesses erfolgt nicht durch die Ueberweisung der Akten von Amtes wegen an das Zweitgericht, sondern erst auf Parteianstoss hin. Das französische Prozessrecht huldigt dem Prinzip der Parteiherrschaft und nicht demjenigen der richterlichen Prozessleitung. Art. 169 al. 6 CPC bestimmt deshalb, dass das bezeichnete zuständige Gericht den Prozess weiterzuführen habe, sobald die zuerst handelnde Partei die andere vor dieses Gericht vorlade⁵⁶. Somit kann auch der Beklagte die Fortsetzung des Verfahrens erwirken, woraus hervorgeht, dass nicht etwa eine neue Klageerhebung, die nur durch den Kläger selbst erfolgen könnte, vorliegt. Es handelt sich um ein reines Audienzbegehren zur Fortsetzung des gleichen Prozesses⁵⁷. Die Rechtshängigkeit wird

54 Solus/Perrot, Nr. 778. Vgl. über den Aufbau des französischen Gerichtswesens Constantinesco/Hübner, Einführung in das französische Recht, München 1974, S. 13 ff.. Es existieren 29 Appellationshöfe, wobei der Gerichtsbezirk eines Hofes in der Regel einige Departemente umfasst.

55 Solus/Perrot, Nr. 781.

56 "... sur assignation de la partie la plus diligente."

57 Solus/Perrot, Nr. 783 b; ferner P. Hébraud, observations à la Revue trimestrielle du droit civil, Paris 1962, p. 702.

nicht unterbrochen und die an sie geknüpften Wirkungen bleiben bestehen; so gilt für die Unterbrechung der Verjährung weiterhin der Zeitpunkt der ersten Vorladung vor das unzuständige Gericht⁵⁸. Wenn nun keine der Parteien die andere vorlädt, entsteht hinsichtlich der Rechtshängigkeit ein unbefristeter Schwebezustand. Um einen solch eher unwahrscheinlichen Fall auszuschliessen, wurde angeregt, der Appellationshof solle, obwohl gesetzlich nicht vorgesehen, eine Frist zur Einreichung des Audienzbegehrens beim zuständigen Gericht ansetzen⁵⁹. Nach ihrem Ablauf wäre die Klage neu einzuleiten und der Kläger hätte die entsprechenden Konsequenzen zu tragen.

D) Kostenregelung

Aus Art. 23 al. 2 in Verbindung mit Art. 28 des Dekrets geht hervor, dass der Kläger, der bei einer Prozessüberweisung notgedrungen immer die in der Zuständigkeitsfrage unterliegende Partei darstellt, sämtliche bis zum Entscheid des Appellationshofes aufgelaufenen Prozesskosten zu tragen hat.

Nebenbei sei noch erwähnt, dass gemäss Art. 28 des Dekrets der unterliegende Rechtsmittelkläger zu einer Ordnungsbusse von 100 bis zu 10'000 Francs verurteilt werden kann, wenn er einen Entscheid aus unzureichenden oder gar völlig haltlosen Gründen anfecht. Mit dieser ziemlich drakonischen Regelung sollen lediglich taktisch bedingte Prozessverzögerungen mittels unnötiger Rechtsmittelverfahren verhindert werden. Unter diesen Umständen wird es sich ein Kläger genau überlegen, ob er eine erstinstanzliche Unzuständigerklärung anfechten will, um durch den Appellationshof nach erneutem Unterliegen in der Zuständigkeitsfrage das zuständige Gericht verbindlich bestimmen lassen zu können. Ein solches

⁵⁸ Solus/Perrot, Nr. 783 b.

⁵⁹ P. Hébraud, a. a. O., p. 702.

Vorgehen lohnt sich deshalb nur, wenn der Kläger mit ausreichenden, wenn auch letztlich unzutreffenden Gründen das von ihm angerufene Gericht für zuständig halten durfte⁶⁰.

IV. Würdigung

Hervorstechendstes Merkmal der französischen Regelung ist der Umstand, dass die Prozessüberweisung nicht direkt zwischen erstinstanzlichen Gerichten möglich ist. Die mit bindender Wirkung ausgestattete Bestimmung des zuständigen Gerichts soll – in streng hierarchischer Denkweise – nur einer übergeordneten Instanz zustehen. Allerdings drängt diese Einstellung die Prozessökonomie als den Grundgedanken der Prozessüberweisung stark in den Hintergrund: Eine rasche und einfache Ueberleitung eines Verfahrens vom unzuständigen an das zuständige Gericht wird auf diese Weise verunmöglicht.

§ 18 ANHANG: DIE GESETZLICHE REGELUNG DER PROZESSUEBERWEISUNG IN GRIECHENLAND

Zum Schluss sei noch – lediglich als Anhang und ohne Kommentierung – die gesetzliche Regelung der Prozessüberweisung in Griechenland aufgeführt. Nach der von Baumgärtel/Rammos vorgenommenen deutschen Ueber-

⁶⁰ Auf den ersten Blick mag es stossend erscheinen, dass nur derjenige Kläger, gegen den ein auf vertretbare Art und Weise anfechtbarer erstinstanzlicher Unzuständigkeitsentscheid ausgesprochen wurde, in der Appellationsinstanz in den Genuss einer Ueberweisung gelangen kann, ohne in eine Ordnungsbusse verfällt zu werden. Indessen wird damit erreicht, dass ein Kläger, der die Zuständigkeitsfrage nur unsorgfältig oder gar nicht abgeklärt hat, von der Einlegung eines Rechtsmittels abgehalten wird und die Konsequenzen seines Vorgehens selbst zu tragen hat, d.h. er muss die Klage selbst neu beim zuständigen Gericht einleiten, sofern sie nicht verwirkt ist.

setzung des griechischen Zivilprozessgesetzbuches⁶¹ lautet dessen Art. 47 wie folgt:

"Ist das Gericht sachlich oder örtlich unzuständig, so entscheidet es darüber sowohl auf Einrede als auch von Amtes wegen und bestimmt das zuständige Gericht, an das es den Rechtsstreit verweist. Die Entscheidung des verweisenden Gerichts ist, wenn sie rechtskräftig wird, sowohl in Bezug auf die Unzuständigkeit des verweisen- den Gerichts als auch in Bezug auf die Zuständigkeit des Gerichts, an das verwiesen wird, bindend. Die Rechtsfolgen der Klageerhebung bleiben bestehen."

61 Baumgärtel/Rammos, Das griechische Zivilprozess-Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Uebersetzung in die deutsche Sprache, Köln 1969.

§ 19 SCHLUSSBEMERKUNGEN

Der Rechtsbehelf der Prozessüberweisung bezweckt in erster Linie, den Kläger vor unverhältnismässigen Rechtsnachteilen zu bewahren, wenn er ein örtlich oder sachlich unzuständiges Gericht angerufen hat. Das zuständige Gericht zu finden, kann selbst für den Fachmann ein schwieriges und unsicheres Unterfangen sein. Aber auch in einfachen Fällen findet dieser Rechtsbehelf als prozessuales Heilmittel seine Anwendung, wenn ein unerfahrener Kläger seine Klage bei einem unzuständigen Gericht angebracht hat. Nicht als Heil-, sondern gleichsam als Präventivmittel kommt der Behelf indes zum Zuge, wenn die Unzuständigkeitserklärung nicht auf eine fehlerhafte Prozesshandlung seitens des Klägers zurückzuführen ist; man denke an den Fall der Erhebung einer die sachliche Zuständigkeit verändernden Widerklage oder denjenigen der Unzuständigkeit des Einzelrichters zufolge Illiquidität der tatsächlichen Verhältnisse im summarischen Verfahren. Hier gilt es erst recht, prozessualen und materiellrechtlichen Nachteilen, die eine Unzuständigkeitserklärung zur Folge hätte, vorzubeugen. Zur Erfüllung seines Zweckes bedient sich das Institut der Prozessüberweisung eines andern prozessualen Institutes, der Rechtshängigkeit. Ihre Aufrechterhaltung bei der Ueberleitung des Prozesses vom unzuständigen an das zuständige Gericht und der Wegfall einer neuerlichen Klageanhebung ermöglichen eine einheitliche Betrachtungsweise der Verfahren vor beiden Gerichten.

In zweiter Linie bezweckt der Rechtsbehelf der Ueberweisung die möglichst prozessökonomische Durchführung von Zuständigkeitsstreitigkeiten. Die Bedeutung dieses Aspektes misst sich daran, inwieweit die Ueberweisung die Ausdehnung solcher Streitigkeiten verhindert und dem Kläger die Ueberleitung des Verfahrens an das zuständige Gericht erleichtert. Höchst prozessökonomisch ist die deutsche Ueberweisungsregelung ausgestaltet, ist doch der Ueberweisungsentscheid unanfechtbar und für das Zweitgericht bindend; ferner muss der Kläger nur den Ueberweisungsantrag stellen, ohne dass er das zuständige Gericht darin selbst zu be-

zeichnen hat. Demgegenüber erweist sich die zürcherische Regelung als verhältnismässig wenig prozessökonomisch. Der Kläger muss das zuständige Gericht auf eigenes Risiko hin bezeichnen, der Ueberweisungsentscheid ist anfechtbar und das Zweitgericht muss selbst über seine Zuständigkeit befinden, es ist nicht an den Ueberweisungsentscheid gebunden. Eine gleiche oder ähnliche Regelung wie in Deutschland wäre in einem kantonalen Prozessrecht indessen insofern wirkungslos, als bundesrechtliche Zuständigkeitsvorschriften in Frage stünden, deren richtige Anwendung letztlich durch das Bundesgericht überprüft werden kann, das sich nicht an eine kantonale Ueberweisungsregelung (welche Unanfechtbarkeit und bindende Wirkung vorsähe) zu halten hätte¹. Mindestens in diesem Rahmen könnten Zuständigkeitsstreitigkeiten auf Grund des kantonalen Rechts nicht verhindert werden.

Die prozessleitende Funktion der Ueberweisung ergibt im innerkantonalen Bereich, wo das Erst- und Zweitgericht dem gleichen Prozessrecht unterstehen, keine grundsätzlichen Probleme. Ob diese Funktion allerdings auch im interkantonalen Bereich spielt, wird immer dann fraglich, wenn das Zweitgericht in seinem Prozessrecht keine Stütze findet, um die zürcherische Ueberweisung als gültige Klageeinleitung anerkennen zu können, was allein die ungebrochene Durchführung eines einheitlichen Verfahrens unter dem Blickwinkel der Aufrechterhaltung der Rechtshängigkeit ermöglicht. Weichen aber die wesentlichen Verfahrensgrundsätze in beiden Kantonen nicht allzu stark voneinander ab – insbesondere nicht bezüglich der Klageeinleitung –, so ist zu wünschen, dass der zivilprozessuale Formalismus nicht übertrieben wird und eine interkantonale Ueberweisung deshalb scheitert, wenngleich die Formstrenge durchaus ihre tiefe Berechtigung hat. Deutlicher, als Jhering² dies im letzten Jahrhundert ausgedrückt hat, vermag es wohl niemand zu sagen:

"Die Form ist die geschworene Feindin
der Willkür,
die Zwillingsschwester der Freiheit."

1 Schalch, S. 89.

2 Jhering Rudolph von, Geist des römischen Rechts, 2. Teil, 2. Abt., 9. Aufl., (Leipzig) Aalen 1968, S. 471.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 14. September 1946 in Zürich geboren, wo ich – bis zum Eintritt ins Lehrerseminar Küsnacht – auch die Schulen durchlief. Nach dort bestandener Abschlussprüfung und Militärdienst immatrikulierte ich mich im Herbst 1968 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich, wo ich meine juristischen Studien im Herbst 1972 mit dem Lizentiat vorläufig beendigte. Bis Mitte 1975 arbeitete ich zunächst als Auditor und hernach als ordentlicher Substitut am Bezirksgericht Uster. Am 23. September 1975 wurde mir das zürcherische Fähigkeitszeugnis für den Rechtsanwaltsberuf erteilt. Neben meiner Teilzeit-tätigkeit als Sekretär der Krankenkasse beider Hochschulen in Zürich entstand die vorliegende Arbeit, welche ich im April 1980 abschloss. Es folgte ein halbjähriger Sprach- und Studienaufenthalt in Cambridge (England). Seit anfangs 1981 arbeite ich als Sekretär in der Rechtsabteilung des Steueramtes des Kantons Zürich. Am 27. Mai 1981 erfolgte meine Doktorpromotion an der Universität Zürich.

